

# **O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica**

**Autora: Maria Lúcia Luz Leiria**

Desembargadora Federal

Publicado em 30.06.2004

## **Considerações iniciais: uma nova postura hermenêutica.**

Muito tem sido escrito e muito tem sido agregado à chamada teoria contemporânea do constitucionalismo, onde regras e princípios são muitas vezes definidos, conceituados de forma atécnica, sem a necessária cientificidade e sem que se procure demonstrar como e de que maneira se podem concretizar e efetivar aqueles comandos que enfeixam princípios elevados à categoria de fundantes da ordem jurídica.

É que escapa, muitas vezes na busca frenética de construções novas, a verdadeira dimensão do que seja determinado ordenamento jurídico, para que serve, quais seus destinatários e qual sua razão própria de ser.

Isto só será vencido, quando confluírem e convergirem operadores do direito à descoberta de que necessária uma compreensão da realidade social, que cerca e envolve dada sociedade ordenada por sua própria ordem jurídica, a fim de que se afirme que só com a interpretação-aplicação fincada no “ser aí”, torna-se capaz a concretização de uma justiça social, torna-se capaz o desvelamento do sentido do texto jurídico.

Nada mais efetiva que a constatação de que os pensamentos de Heidegger e de Gadamer em suas lições filosóficas podem ser apropriados pelo operador do direito. É neste campo da ciência jurídica que tudo o que foi criado ou reelaborado por estes filósofos encontra, nas atribuições do aplicador do direito, o lugar privilegiado, o campo por excelência para a efetivação da hermenêutica jurídica, com esta postura. Nas palavras de Lenio Streck, a dogmática jurídica, o sentido comum teórico é metafísico e faz esquecer o ser do Direito; isto é, não se pensa a diferença entre ser e ente: (1)

“Ou seja, é a partir desses pré-juízos, enfim, de sua pré-compreensão, que o jurista fala o Direito e do Direito. Falará a partir

de sua situação hermenêutica, que implica num círculo hermenêutico, isto porque toda explicitação tem sua aquisição prévia e sua antecipação. Dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu 'desde-já-sempre', o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido (é como ele 'é' e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado cotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e predado!) por esse habitus, que é, assim, o véu do ser do Direito!".

Já Heidegger, ao perguntar sobre o que é a filosofia, na procura do sentido oculto do texto, acena para a questão da diferença ontológica que vai encontrar resposta na análise da diferença e da identidade. As três questões se interligam e vão formar o círculo que aponta para uma universalidade de atitude filosófica.

A obra de Heidegger demonstra esta busca incessante de quebra de paradigmas e de desconstrução de conceitos para chegar ao conhecimento do que é o ser que só pode conhecer porque inserido no mundo. Em face da finitude do ser, o ente aparece no ser, velando-se, revelando-se e desvelando-se.

A atitude filosófica, o estudo filosófico de qualquer proposição, de qualquer fato, é sempre feito a partir de uma postura filosófica, isto é, impossível que se apreenda o dado fato sem que se o faça já manifestando uma pré-compreensão que representa toda a bagagem que temos, porque somos seres no mundo. Daí a importância dos fatores históricos, dos elementos fáticos, das relações atuais.

De outro lado, ressuscitando a questão do ser e ultrapassando toda a metafísica precedente, ganha Heidegger uma posição fundamentalmente nova, já que "compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana" (2). Assim, "a compreensão é o modo de ser da pré-sença na medida em que é poder-ser e possibilidade".(3)

A questão central da filosofia de Heidegger vem exatamente desta constatação de que compreender é compreender-se e de que o ente revela-se no ser dentro de circunstâncias históricas, o que leva a uma provocação à hermenêutica tradicional, já que, ao fim e ao cabo, interpretar é síntese, porque a única verdade que se pode alcançar é a verdade hermenêutica. Ou seja, a linguagem não se separa do sujeito e é ela própria que dá sentido ao que se pode conhecer - e só é possível conhecer a partir do eu aí no mundo. Não mais se fala de um lugar distinto do sujeito sobre um objeto, e sim o próprio sujeito interage no objeto que se conhece, porque existe sempre esta constatação da facticidade. Ou seja, o que transmito, o que conheço é a expressão do que já estava compreendido e passa a ser

desvelado. No campo específico dos textos jurídicos, esta compreensão de expressões refere-se ao entendimento imediato do que está na expressão, mas também abarca o descobrimento do que há para além da interioridade oculta, de maneira a propiciar se conheça este oculto.

A análise do mundo da vida e da “fundação anônima de sentido” proporcionou a Heidegger um contexto novo no qual, segundo o entendimento de Gadamer, a constituição do mundo científico propõe uma tarefa nova: (4)

“(...) ‘O círculo não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que este seja tolerado. Nele vela uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendido de modo adequado, quando a interpretação compreendeu que sua tarefa primeira, constante e última permanece sendo a de não receber de antemão, por meio de uma ‘feliz idéia’ ou por meio de conceitos populares, nem a posição prévia, nem a visão prévia, nem a concepção prévia (Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff), mas em assegurar o tema científico na elaboração desses conceitos a partir da coisa, ela mesma’.

E segue: (5)

“Face a isso, a descrição e a fundamentação existencial do círculo hermenêutico, devidas a Heidegger, representam uma mudança decisiva. É claro que a teoria da hermenêutica do século XIX falava da estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos, e quando a compreensão dos mesmos se completa, ele é suspenso. (...) Heidegger, pelo contrário, descreve esse círculo de uma forma tal que a compreensão do texto se encontre determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. O círculo do todo e das partes não se anula na compreensão total, mas nela alcança sua mais autêntica realização. (...) O tempo já não é mais, primariamente, um abismo a ser transposto porque divide e distancia, mas é, na verdade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. (...) Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.”

É por este motivo, que Ernildo Stein (6) salienta que o núcleo do paradigma de Heidegger será construído a partir da idéia de que o determinante vem do “Dasein” como um modo de ser-no-mundo:

“Esse modo-de-ser no mundo é o cuidado, a cura ou, então, a preocupação, que é o ser do ser-aí. Ele é dotado, por sua vez, de temporalidade que é o sentido do ser do ser-aí. Somente a partir da temporalidade (Zeitlichkeit) como sentido do ser do ser-aí se podem pensar as coisas no tempo, mas numa temporalidade (Temporalität) que se deriva da temporalidade com características existenciais. No entanto, isso se dá no espaço em que acontece o Dasein, em que acontece o ser-aí. A própria idéia do Da-sein, do ser-aí, do aí, significa que ele está limitado, que ele está finitizado, finitizado no mundo. Heidegger dirá que o Dasein é futuro-passado-presente, no sentido de que ainda que ele se agarre ao presente, nesse presente já sempre está implícita a idéia da facticidade à qual se liga a idéia de hermenêutica. A idéia de futuro não é o futuro no qual vamos morrer, onde terminamos, etc... Mas é o futuro que nos move agora no presente, por isso o Da-sein é ser-para-a-morte enquanto ser-no-mundo.”

O sentido do ser é respondido por Heidegger como sempre sendo a partir do ser-aí; está nisto incluída a idéia de temporalidade e de finitude. Só o ser humano pode pensar-se. Daí seu intelecto é infinito, mas finita a sua condição no mundo. O sentido, então, é justamente a temporalidade, a historicidade e a condição de possibilidade de ser no mundo. Somos, desta forma, futuro, passado e presente num único movimento, um adiante-de-nós, já-no-mundo, junto-das-coisas. Essa tríplice dimensão do cuidado, ligada à tríplice dimensão da estrutura da temporalidade, é que dará a Heidegger o conceito fundamental de finitude. O ser humano “é um ser possível (poder-ser), ele não é um ser efetivo, ele é um poder-ser. Enquanto ser-para-a-morte, e enquanto facticidade, ele já é sempre determinadas possibilidades. O passado é uma possibilidade que já foi. O futuro, o ser-para-a-morte, é a última possibilidade ou a impossibilidade de qualquer nova possibilidade.” (7)

Partindo, assim, do entendimento ou da certeza única que só conhecemos, porque estamos no mundo, somos finitos, temporais e históricos, é que podemos levar essa filosofia heideggeriana para a interpretação e aplicação dos textos jurídicos. Daí a importância de se estar ciente e consciente de que há uma pré-compreensão, que não se pode confundir com preconceitos ou com dogmas inexplicados, e sim como pré-conceitos que sempre existiam a partir do momento em que estamos em determinado lugar, em determinado círculo social, em determinada sociedade organizada, em determinado Estado de Direito.

Por isso a filosofia sem aplicação é nada, enquanto que o Direito com filosofia, e porque é essencialmente aplicação, é tudo. Procurando trazer esses raciocínios, esses pensamentos, essas compreensões para os textos jurídicos, vê-se que, sempre que se aplica

determinada proposição, se está fazendo hermenêutica e criando uma condição de possibilidade para o caso posto; mais que condição de possibilidade, se está criando a própria norma que pré-existe no texto jurídico.

É assim quando chamada a resolver questão que trata de constitucionalidade de determinado texto normativo; esta própria convergência e amalgamento ao texto constitucional só pode ser expressada, quando há a identidade daqueles pré-juízos existentes, mesmo de forma imanente na ordem constitucional posta. O que importa é o sentido, o significado das proposições postas, e isto só é sensível ou capaz de ser conhecido se for desvelado por meio de uma interpretação que busca a atual compreensão daquilo que está aí, junto àquele que, por ser essencialmente um ser no mundo, retira de todo este círculo hermenêutico o sentido de que se está conhecendo, do que se está desvelando.

Portanto, o que importa em Heidegger – e que será a mola propulsora de uma hermenêutica filosófica aplicável aos textos jurídicos e pelos aplicadores deste texto- é a pergunta e a busca do sentido das estruturas e não a estrutura dos sentidos. E este sentido é o caminho pelo qual Heidegger faz uma mudança radical na questão do ser, pois (8)

“sua análise do mundo, da vida e da fundação anônima de sentido, que constitui o terreno de toda experiência, proporcionou um contexto completamente novo ao problema da objetividade da ciência como um caso especial. A ciência pode ser tudo, menos um *factum* de que se tivesse que partir. Antes, a constituição do mundo científico propõe uma tarefa própria, ou seja, a tarefa de esclarecer a idealização que se dá junto com a ciência. Mas essa não é a primeira tarefa. Com o recurso à ‘vida produtiva’ a oposição entre natureza e espírito não se mostra como a única que vale. Tanto as ciências do espírito como as da natureza deverão derivar-se dos desempenhos da intencionalidade da vida universal, portanto, de uma historicidade absoluta. Essa é a única forma de compreender, através da qual a auto-reflexão da filosofia faz justiça a si mesma.”

A partir, pois, da indagação primeira sobre o ser, Heidegger conclui que o ser é algo autônomo e independente que se dá em seu sentido, ou seja, não há uma definição do ser, e sim há sempre uma experiência de seu sentido, porque o tempo o faz velar e desvelar-se. Assim: (9)

“De fato, porém, não há nenhum círculo vicioso no questionamento da questão. O ente pode vir a ser determinado em seu ser sem que, para isso, seja necessário já dispor de um conceito explícito sobre o sentido do ser. Não fosse assim, não poderia ter havido até hoje

nenhum conhecimento ontológico, cujo fato não pode ser negado. Sem dúvida, até hoje, em toda ontologia, o 'ser' é pressuposto, mas não como um conceito disponível, não como o que é procurado. A 'pressuposição' do ser possui o caráter de uma visualização preliminar do ser, de tal maneira que, nesse visual, o ente previamente dado se articule provisoriamente em seu ser. Essa visualização do ser, orientadora do questionamento, nasce da compreensão cotidiana do ser em que nos movemos desde sempre e que, em última instância, pertence à própria constituição essencial da pre-sença. Tal 'pressuposição' nada tem a ver com o estabelecimento de um princípio do qual se derivaria, por dedução, uma conclusão. Não pode haver 'círculo vicioso' na colocação da questão sobre o sentido do ser porque não está em jogo, na resposta, uma fundamentação dedutiva, mas uma exposição de-monstrativa das fundações."

É, por isso, importante ressaltar a obra de Humberto Ávila, quando traça distinção entre regras, princípios e postulados. Ensina o referido autor que: (10)

"(...) as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; (...) os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção; (...) os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios."

É sob essa ótica que se examina, neste trabalho, o princípio insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, à luz de uma postura hermenêutica que busca desvelar o ser do ente para, ao fim e ao cabo, demonstrar que a recepção e o conhecimento de peça processual, em execução fiscal de tributo que busca ilidir a presunção e certeza da CDA, antes, durante e depois do prazo de embargar e sem prestar a garantia devida e exigida pela regra especial da LEF, é nada mais do que a efetivação e concretização do direito fundamental de todo e qualquer contribuinte de provocar o Judiciário para que, interpretando e aplicando os comando legais, firme o convencimento sobre a lide posta.

Ou seja, admitir-se a discussão sobre tais créditos sem a penhora é permitir a concretização do acesso livre ao Judiciário, quando, como e por causa da realidade dos sujeitos envolvidos, diga-se, realidade social, econômica e conjuntural, só será possível a realização efetiva daquele princípio, extirpando-se a necessidade da garantia.

Assim, alarga-se a incidência desse princípio de acesso sempre, é claro, sopesando-se o que Humberto Ávila chama de critério adequado para equilibrar os princípios, “o postulado da razoabilidade na sua dimensão da proibição de excesso”.

Finalmente, conclui-se que a interposição da denominada exceção de pré-executividade é forma de, no caso eleito para traçar este estudo, permitir o acesso ao Judiciário por aqueles excluídos ou marginalizados em razão de valores econômicos, relativizando-se, ou quiçá, anulando-se o vetusto princípio do solve et repete.

Daí a importância de, frente a esta nova postura hermenêutica, enfrentar-se o problema da garantia do juízo em sede de execução fiscal.

Tais considerações fazem anotar o pensamento de Ovídio Baptista da Silva, no que diz com a construção deste “mundo jurídico”, com a necessária independência do magistrado, capaz de decretar um interdito e não só ordenar na ordinarietade comum do processo civil, a fim de que se efetive e se alcance o bem da vida perseguido, o direito pleiteado, a manutenção do equilíbrio do “mundo dos fatos”. Isto é amoldar ao caso posto o texto exposto e pré-compreendido pelo aplicador, aplicador este sensível a sua própria historicidade.

As primeiras referências do impacto sobre as concepções clássicas do direito e do processo provocadas com o surgimento de novas doutrinas filosóficas, de raízes medievais surgidas a partir do século XVI demonstram uma continuidade dos esquemas procedimentais herdados do direito privado romano.

A busca da “certeza do direito” como ideal do racionalismo, a desconfiança na magistratura do ancien régime levou a uma burocratização judiciária, o que igualou o magistrado a um funcionário público comum.

Na common law, o juiz é mais criativo e mais independente; no direito civil europeu continental a função judicial é mais estreita, mais mecânica assemelhando-se ao iudex romano. Isto porque um juiz independente seria contraditório na teoria da separação dos poderes.

Ainda, para a doutrina tradicional, não há julgamento quando o magistrado apóia-se em juízo de verossimilhança. O princípio da

segurança gerou dois sistemas distintos, enquanto na Inglaterra, fiel ao mesmo princípio da segurança sobre o valor justiça, criou-se o sistema de precedentes; na Europa continental, surgiram as codificações engessando a função judicial. Ocorre, também, o sepultamento da tutela interdital.

Para Radbruch, o direito inglês procura preservar a segurança do direito. Já os sistemas da Europa continental identificam o direito com a lei, sem preocupar-se com eventual injustiça material. Consta-se, portanto, o modo diverso de encarar “a segurança jurídica”. Assim, enquanto o direito inglês preserva a segurança do direito, os sistemas legalistas da Europa continental identificam o direito com a lei e ficam satisfeitos com a segurança da lei do Estado. A decorrência disto é que o princípio que prescreve a neutralidade do juiz é o mesmo que impede a existência simultânea de conhecimento e execução, tudo porque se está outorgando uma dose de discricionariedade ao juiz. Este paradigma teórico, por sua vez, impediu Calamandrei de aceitar a idéia de uma execução que precedesse a cognição, pois isto seria permitir ao juiz julgar com simples verossimilhança.

No sistema inglês, há uma magistratura independente com função criadora e, na Europa continental, a segurança vem através da lei, sob a forma de absolutismo monárquico. O conceitualismo moderno, que cunhou o “mundo jurídico”, divorcia as criações normativas do direito do mundo social. A idéia de segurança ocupa o ponto central da doutrina de Hobbes: a preservação da paz é a norma ética suprema. Só é possível compreender a teoria política de Hobbes tendo em vista o constante estado de guerra e desordem da época em que viveu.

O predomínio do valor segurança, elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito, estava presente nos legisladores dos séculos IV e V da era cristã, a partir de Teodosio II, cuja legislação serviu de inspiração à formação do direito canônico. Vê-se, portanto, que há uma estreitíssima relação entre o conceito de “jurisdição” que nos foi transmitido e as doutrinas que sustentaram a formação do Estado absoluto. A neutralidade do juiz é consequência da neutralidade do Estado, abrigando as mais diversas correntes de opinião.

Para Merrymann, a diferença entre a natureza e extensão da função jurisdicional no sistema da common law e nos países de direito escrito deve-se à forma de acomodação da relação entre o poder político e a magistratura.

Também a separação entre o público e o privado que fundamentou a formação do estado liberal foi introduzida por Hobbes. O Estado era, para ele, uma personalidade artificial. Então, o direito é uma



instituição criada pelo arbítrio dos homens, mais precisamente pelo arbítrio do soberano. Abandonou-se a versão aristotélica, em detrimento dos juízos lógicos com pretensões a verdades científicas absolutas, que formam os pilares do Processo de Conhecimento, com o conseqüente repúdio aos juízos de verossimilhança. Os interditos fundavam-se em juízos de verossimilhança, e, a partir da teoria inicial do processo, os julgamentos baseados em verossimilhança não eram mais entendidos como julgamentos. O moderno conceito de jurisdição, desta forma, há que ser extraído da relação entre “juízos de certeza” e processo de conhecimento.

A construção do mundo jurídico distante da existência harmoniza-se com os pressupostos culturais de Kant, do positivismo e do normativismo. A reintrodução, nos sistemas jurídicos contemporâneos, dos juízos de verossimilhança deu-se mais por pressões políticas do que por uma tomada de consciência teórica. A doutrina de Hobbes é, nesse sentido, a corrente espiritual que conduziu as diferentes teorias do contrato social, que também contribuiu para a manutenção do conceito romano de jurisdição, que era pronunciar os comandos da lei.

Leibniz surge como outro pilar importante, porque considera demonstráveis as proposições jurídicas como verdades geométricas alimentando a criação do mundo jurídico. Traça um paralelo entre o direito e a medicina, aduzindo que procedimentos repetidos, baseados na razão, o abandono do caso, o repúdio ao precedente, culminam por engessar o sistema processual na busca de pretensões de universalidade. A ética da ordinariedade impede o julgador a emitir juízos de verossimilhança.

A recepção do direito romano foi diversa na common law, onde se conservam os princípios do processo interdital romano e no direito continental mantém apenas o procedimento ordinário com a sentença condenatória. Por isso, a ciência do direito processual civil nasceu comprometida com o ideal racionalista. Para Rosemberg, o processo de conhecimento e o processo de execução não formam uma unidade, uma vez que o primeiro resolve pretensões e o segundo realiza pretensões.

Em meados do século XIX, surge o direito processual civil como disciplina autônoma. O direito processual consistia na relação jurídica dinâmica entre as partes e os tribunais, é uma relação de direito público. August Thon faz a supressão da ação de direito material para estudar em abstrato a relação processual. Sergio Chiarloni vinculou a ideologia da ordinariedade às exigências dos grupos sociais dominantes.

A oportuna confusão entre “rito ordinário” e demanda plenária em Chiovenda consolidou a consagração do processo de conhecimento amplo. A tentativa de eliminação dos vínculos de ligação entre direito material e processo, somente agora, torna possível uma tímida tentativa de recuperar a idéia de que jurisdição e, portanto, o processo são instituições criadas pelo Estado com a exclusiva finalidade de realizar a ordem jurídica que ele próprio estabelece.

Há inutilidade na discussão sobre o conceito de ação, o primeiro equívoco é o de pretender transferir para o direito processual a categoria conhecida como *actio* equivalente à pretensão de direito material.

O segundo equívoco está em imaginar que o direito processual estivesse inteiramente desligado do direito material. A redescoberta do princípio da instrumentalidade do processo demonstra a relação entre direito material e processo e fez ressurgir as ações de direito material. Para resumir, o que é verdadeiro é que a classificação das ações e sentenças diz respeito às eficácias de direito material de cada uma delas, segundo seus respectivos conteúdos. A recuperação do conceito de ação executiva significa a reintrodução em nosso direito de uma forma de tutela interdita concebida pelo direito romano e pelo pretor.

O “*iudex privatus*” condenava, e o pretor, através dos interditos, vetava certos comportamentos ou ordenava que os particulares praticassem determinadas atividades, exerciam, pois, função executiva.

A maior virtude do processo de conhecimento está em não conter execução. O que interessa é resgatar o conceito romano de interdito, a fim de que se possa superar a rigidez do processo de conhecimento. O artigo 273 do CPC demonstra que a lei separa nitidamente a tutela de seus efeitos. Assim, mantida a posição tradicional da doutrina, segundo a qual o ato jurisdicional estará sempre no processo de conhecimento, nunca em suas consequências práticas ocorridas só no processo.

Há um compromisso da lei com determinados pressupostos de natureza política e, quando o processo de conhecimento suprime juízos de verossimilhança, considera-se fiel ao iluminismo pressupondo uma função jurisdicional exclusivamente declaratória – o juiz ao julgar declara a vontade concreta da lei. Isto ocorre porque o processo de conhecimento, ao exigir juízos de certeza, pressupõe a univocidade da lei capaz de permitir apenas uma solução correta.

Há, pois, um total anacronismo entre processo de conhecimento e história, em razão do malogro do sonho racionalista. A própria

inflação legislativa da contemporaneidade contribui para constatar-se que a estrutura do sistema jurídico como uma unidade de compreensão racional deve ser abandonada.

Surgem duas questões filosóficas:

- a) superação do reino das verdades absolutas que Descartes disse serem claras e distintas à razão humana;
- b) percepção com Gadamer de que o homem se caracteriza por uma ruptura "com seu imediato natural".

Essas questões mantêm os processualistas no paradigma do iluminismo, onde o juiz só aplica a lei. Daí que o processo oferece "versões" não "verdades"; oferece significados. Tudo isso significa a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é constituída por um ato de inteligência e também por um ato criador de direito, portanto vontade.

É necessária, portanto, uma transformação do paradigma capaz de torná-lo harmônico com a sociedade democrática e pluralista, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, fazendo-o órgão criador do direito. Não é possível mais que o jurista fique preso no seu "mundo jurídico".

É de concluir-se, pois, que só esta postura de quebra com o iluminismo é capaz de permitir ao julgador o desvelamento do princípio maior do acesso à jurisdição, subtraindo-se, em certos casos, e sob determinadas condicionantes, a prestação de garantia com penhora para discutir, para ilidir a presunção de certeza e liquidez de uma CDA (certidão de dívida ativa).

Por isso, torna-se mais do que importante, torna-se vital o reposicionamento tão aguçadamente demonstrado na obra de Ovídio Baptista da Silva quando trata da executoriedade da decisão judicial.

## II. Acesso à jurisdição

Criticando a ordinariedade tal como posta pelo sistema e praticamente como a única via de solução de conflitos, o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva fez questão de ser incisivo ao frisar, dentre outras reflexões: "... Esta premissa, que serve de verdadeiro alicerce para a doutrina contemporânea, como mostramos anteriormente (AJURIS, 51, nos 7 e 8) (a premissa referida é a de que 'só haverá verdadeira jurisdição, quando houver 'definição' do direito, proclamada em sentença...') é o fundamento de que se nutre a 'ordinariedade'. Com efeito, se 'prestar jurisdição' é 'definir o direito', então as liminares – enquanto atos judiciais que mais ordenam do

que julgam – deixam de corresponder à jurisdição verdadeira, para tornarem-se providências administrativas, como ressaltou o acórdão. Isto confirma o pressuposto da ordinariedade que, como admitiu o próprio acórdão, acaba cedendo às pressões exercidas pela sociedade contemporânea (consta do acórdão esta passagem: ‘Hoje, na sociedade contemporânea, as coisas só têm sentido se prontamente atendidas’). Eis aí, descritas com a maior transparência, a ideologia que mantém a doutrina ainda prisioneira a pressupostos que as transformações da sociedade moderna tornaram anacrônicos, e seu brutal descompasso ante as necessidades e expectativas geradas pela sociedade contemporânea”.(11)

A inafastabilidade do acesso à justiça, elevado a princípio constitucional fundante, tem sido objeto de grandes discussões acadêmicas, partindo muitas delas da posição clássica de Carnelutti de lide na sua concepção de conflito de interesse qualificado pela pretensão resistida ou insatisfeita, com a singular instrumentalidade da lide.

Assim, tomando-se o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, como marco inicial para o desdobramento deste trabalho, mister que se apresente tal regra disposta como o desvelamento do princípio nuclear do qual emana toda a força das decisões jurisdicionais, o acesso livre à justiça.

Os princípios, em geral, são “núcleos de condensação de valores” – Canotilho. Depende da concepção do intérprete a sua maior acentuação, a sua maior valia, a sua fundamentalidade. Daí a grande importância do estudo e do conhecimento destes princípios que regem a interpretação de todo o sistema legal.

Constituem os parâmetros básicos de uma interpretação.

“Prima facie, cumpre observar que regras e princípios são espécies de normas jurídicas, pois ambos constituem enunciados do discurso prescritivo destinados à regulação do comportamento humano. Não obstante constituam normas jurídicas, vários são os critérios construídos pela Ciência do Direito para diferenciá-los. As regras e os princípios diferenciam-se, segundo Gustavo Zagrebelsky, segundo a posição em que o intérprete do Direito se encontra diante de cada qual. Às regras se obedece, aos princípios se adere. Como as regras albergam uma *fattispecie* determinada, a tarefa do intérprete é tão-somente aplicar a consequência da realização da hipótese normativa previamente estabelecida. Os princípios, por outro lado, como não possuem uma esfera de aplicação determinada, requerem a colaboração (*collaborazione*) do intérprete mediante adesão do mesmo, ao reconhecer a sua aplicabilidade ao caso concreto (...). As regras jurídicas, por outro lado, são normas cuja aplicação se

desenvolve, conforme afirmado por Ronald Dworkin, segundo uma lógica do tudo ou nada (*all or nothing*), haja vista o fato de que podem ser cumpridas ou não: *tertium non datur*. Se uma regra é válida, há de ser cumprida; não existe possibilidade de graduação no nível de aplicação de uma regra. Segundo Alexy, a oposição entre regras configura um conflito (*Regelkonflikt*) enquanto a oposição entre princípios é uma mera colisão (*Prinzipienkollision*); as regras conflitam, os princípios colidem. A distinção operada por Alexy é metodologicamente importante para a teoria que o mesmo desenvolve acerca dos princípios e, sobretudo, para a compreensão do princípio da proporcionalidade." (12)

A idéia de princípio, segundo Luís Díez Picazo, deriva da linguagem da geometria, "onde designa as verdades primeiras". Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são "princípios", ou seja, "porque estão ao princípio", sendo "as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*".

Como princípios de um determinado Direito Positivo, prossegue Picazo, têm os princípios, dum lado, "servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo" e, de outro, de normas obtidas "mediante um processo de generalização e decantação dessas leis".

Na época em que os princípios ainda se achavam embebidos numa concepção civilista, a saber, em meados da segunda década do século passado, por volta de 1916, F. de Clemente fazia esta ponderação elementar: assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios "gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios", figurem ou não nos Códigos; afirmação feita na mesma linha de inspiração antipositivista daquela de Mucius Scaevola, por ele referido, ao asseverar que o princípio exprime "uma verdade jurídica universal".

Depois de tecer considerações expositivas em que assinala a equivalência essencial dos princípios à equidade dos romanos como "a razão intrínseca do Direito", F. de Clemente chega, inspirado em vários juristas, entre os quais Unger, a essa formulação: "Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo".

Outro conceito de princípio é aquele formulado pela Corte Constitucional italiana, numa de suas primeiras sentenças, de 1956, vazada nos seguintes termos: "Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se

possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas".

Observa-se um defeito capital em todos esses conceitos de princípio: a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: "Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém".

Deveras útil é a investigação doutrinária feita por Ricardo Guastini, que recolheu da jurisprudência e de juristas diversos seis distintos conceitos de "princípios", todos vinculados a disposições normativas e assim enunciados:

Em primeiro lugar, o vocábulo "princípio", diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.

Em segundo lugar, prossegue Guastini, os juristas usam o vocábulo "princípio" para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra "princípio" para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter "programático".

Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo "princípio" é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Em quinto lugar - novamente Guastini - "os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro

subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)".

Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão "princípio" para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

O texto acima, extraído, conforme se assinalou, da exposição de Riccardo Guastini, compreende todas aquelas variantes do conceito de princípio, considerado à luz de sólidas reflexões feitas ultimamente acerca desse tema. A importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

A normatividade dos princípios representa, conforme vimos, o traço comum a todas aquelas acepções, sendo, por conseguinte, o vínculo unificador das seis formulações enunciadas.

A caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.

Ocupando-se, depois, dos princípios, Boulanger estabelece o respectivo contraste com as regras e elucida: "O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações".

Recorre, em seguida, ao vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande, o qual assim define os princípios: "Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina".

Acrescenta Boulanger: "É o que se verifica tanto no Direito como na Filosofia: existem no Direito proposições às quais séries de soluções positivas se subordinam. Essas proposições devem ser consideradas como princípios".

Refere-se, ainda, o jurista à significação que eles têm: "A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige".

Volta, adiante, a acentuar a relevância que possuem: "Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, construções jurídicas. No sentido em que nós entendemos o termo, que não peca por excesso de precisão, as construções jurídicas têm os princípios por armadura (...). Os princípios existem, ainda que não se expressem ou não se reflitam em textos de lei. Mas a jurisprudência se limita a declará-los; ela não os cria. O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação".

Do mesmo modo que Boulanger, dois juristas de nomeada, Gutzwiller e Goldschmidt, citados também por Esser, fizeram observações marcantes e precursoras com respeito à relevância dos princípios: o primeiro, ao reconhecer que um princípio é somente "princípio de interpretação" (Austegungsprinzip) e, não obstante, como "princípio heurístico" (heuristisches Prinzip), pode possuir importância criadora; e o segundo, ao assinalar que "um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente".

A conclusão crítica de Betti acerca dos princípios abrange, de uma parte, considerações radicalmente pessimistas e negativas e, de outra, reflexões até certo ponto otimistas e construtivas, que consolidam consideráveis progressos doutrinários na compreensão da matéria.

Ocupando-se do contraste entre os que negam e os que asseveram o caráter normativo dos princípios, Norberto Bobbio diz que "os primeiros usam o termo princípio na acepção estrita" para designar ou enunciar tão-somente "os chamados valores que inspiram um sistema jurídico", como o princípio da igualdade, o da solidariedade ou o da livre iniciativa, ao passo que "os segundos usam o termo norma em sentido amplo, compreendendo todo enunciado que contenha uma orientação ou impulso dirigido à ação".

Sendo o princípio, porém, segundo Betti, uma "idéia germinal", um "critério de avaliação", serve ele à norma, mas nunca chega a constituir uma norma acabada e formulada, por padecer de um "excesso de conteúdo deontológico".

Ressalta, ainda, o célebre autor a antinomia insuperável que se estabelece, "de um lado, entre a exigência, que todo preceito jurídico levanta de ser formulado em termos normativos, de tal sorte que permita uma interpretação jurídica e uma construção dogmática e, doutra parte, a repugnância que os princípios opõem a uma formulação preceptiva exata, enquanto afirmam orientações e ideais de política legislativa, capazes de indefinida, quase diria, inexaurível virtualidade".



Mestre clássico da Velha Hermenêutica, exprime Betti em termos absolutos a tendência mais antagônica à normatividade dos princípios. Vai deveras longe nessa tendência, a ponto de vaticinar que "toda tentativa de fixar, reduzir e traduzir em termos preceptivos os princípios" é, em virtude da carência de maturação e termo do processo histórico, "ilusória e fadada ao fracasso".

Já Bobbio inculca de certo modo a incoerência da posição de Betti, visto que este, ao investigar a função dos princípios, introduz termos como "critérios diretivos" e "critérios programáticos", indicativos de "uma função prescritiva não diversa daquela das normas".

Bobbio, que é também italiano, examina, pois, ao contrário de Betti, com mais independência e plausibilidade as questões cruciais que se agitam ao redor da doutrina dos princípios.

Eis o que ele substancialmente nos oferece acerca dessa matéria. Reduzindo a três indagações fundamentais os problemas da natureza, origem e validade dos princípios gerais de Direito: primeiro, interroga se os princípios são ou não são normas jurídicas; segundo, de onde procedem eles, de dentro ou de fora do sistema, e terceiro, de que autoridade advêm o fundamento e o grau de sua validade no meio das demais normas desse sistema.

Em suma, a posição dúbia e vacilante de Betti acerca da normatividade dos princípios outra coisa não configura senão um dos aspectos mais evidentes e palpáveis da crise da Velha Hermenêutica, toda guiada ainda por uma metodologia de inspiração positivista na linha dos clássicos da Ciência Jurídica do século XIX e princípios deste século.

Os princípios são normas-chaves de todo o sistema jurídico e o centro dos critérios valorativos da Constituição e sua superioridade está assente em que deve irradiar efeitos sobre os demais textos.

Tanto o Professor Jorge Miranda como Eros Grau entendem que os princípios são necessariamente normativos, informam também um dever-ser, mas participam da validade das demais normas.

Ou seja, a norma que se contrapõe a um princípio não tem validade. Os princípios são escritos estão consignados no próprio texto ou podem sê-lo imanescentes, como é o caso do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Os princípios constitucionais são aqueles valores que formam o cerne da Constituição, são as cláusulas pétreas, são pontos nucleares dos quais emanam e devem ser conformes todas as demais disposições

legais ou constitucionais. Os princípios fundamentais são aqueles princípios que foram constitucionalizados pelo legislador e que informam ou devem informar todo o ordenamento jurídico.

A partir do entendimento de que a interpretação sistemática é hierárquica, ou seja, com filtragem constitucional, mister que se examinem e se integrem as próprias normas e princípios da Constituição ao total do sistema para se aferir da supremacia dos princípios gerais sobre princípios específicos e demais regras.

Para José Afonso da Silva, os princípios distinguem-se das normas, porque, enquanto aqueles constituem o cerne e o fundamento de todo o sistema, sendo “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, estas são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

Já para Gomes Canotilho regras e princípios inserem-se no gênero de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas.

E dentre os princípios constitucionais positivos encontram-se, na dicção de Gomes Canotilho, dois grandes agrupamentos, quais sejam, os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Os princípios político-constitucionais normalmente se manifestam, conforme José Afonso da Silva, como “princípios constitucionais fundamentais” e, em síntese, dizem com a determinação da forma e da estrutura do Estado, com a estrutura do regime político e com as características referentes à forma de governo e organização política em geral. Os princípios jurídico-constitucionais, por sua vez, informam o ordenamento jurídico como um todo e, segundo José Afonso da Silva, de regra, derivam e são desdobramentos dos princípios fundamentais. De acordo com Gomes Canotilho, constituem “um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

Daí a grande importância do julgador, o papel da jurisprudência como efetiva fonte de direito, porque não há reprodução nas criações da norma para o caso concreto. Há que haver a compreensão, pelo intérprete, de que não está completamente imune a preconceitos, mas que necessita dirigir-se ao mundo no qual o texto será aplicado.

Sigo a doutrina de Paulo Bonavides, entre outros, de que norma é gênero da qual regras e princípios são espécie. Portanto, também os princípios são dotados de normatividade. E esses princípios têm superioridade tanto formal quanto material. São os fundamentos da organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem. Vão longe as doutrinas que consagram os princípios a fonte supletiva do direito: (13)

“Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualificativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

De último, essa posição de supremacia se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época. As sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios.”

Tais princípios reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Prescrevem condutas, embora a generalidade dos princípios seja distinta da generalidade das regras. Carregam os princípios uma série indeterminada de fatos que jurisdicizam. Exemplo: todos são iguais perante a lei, art. 5º da Constituição Federal.

Tais princípios, portanto, na moderna teoria constitucional, se opõem ao conceito de princípios gerais de direito, que eram tidos como fonte supletiva de interpretação da lei, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

As lições de Souto Maior e Celso Antônio Bandeira de Mello traduzem com excelência o que vêm a ser esses princípios que, em face da constitucionalidade do Direito Tributário, erguem-se como fundamento e base para a interpretação e aplicação da lei tributária.

Tem-se, portanto, que o Direito Tributário está sob o comando de muitos princípios constitucionais, que não cabe aqui esgotar, no que diz com os princípios constitucionais genéricos que informam todos os ramos do direito, e sim traçar os princípios constitucionais tributários aqueles que estão em linha direta com a tributação: (14)

“Dentre estes princípios destacamos aqueles que, em virtude de sua universalidade, podem ser considerados comuns a todos os sistemas jurídicos, ou pelo menos aos mais importantes. São eles os princípios da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da competência, da

capacidade contributiva, da vedação do confisco e da liberdade de tráfego. Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte.”

Não vejo, a partir de uma interpretação fincada na realidade que nos cerca e em atenção a busca de desvendar o sentido dos textos constitucionais uma distinção entre os temas “limitações do poder de tributar” e os próprios princípios específicos tributários constitucionais.

É que tais limitações são a consequência lógica de que há um princípio entendido – com Crisafuli – como “adoção de uma determinada linha de desenvolvimento da respectiva ordenação jurídica no que tange àquela ordem de relações que o princípio mesmo se refere”.(15)

### III. Exceção de pré-executividade

Embora a ficção de certeza e liquidez do título executivo, diz o § 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/80, que seguro o juízo poderá o devedor defender-se por meio de embargos e que “não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

Este o texto legal em que se vem fundando parte dos Tribunais para inadmitir a exceção de pré-executividade, como se percebe do posicionamento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MATÉRIA DE DEFESA: PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. Doutrinariamente, entende-se que só por embargos é possível defender-se o executado, admitindo-se, entretanto, a exceção de pré-executividade.

2. Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas.

3. A tolerância doutrinária, em se tratando de execução fiscal, esbarra em norma específica que proíbe a pré-executividade (art. 16, § 3º, da LEF).

4. A prescrição, por ser direito disponível, não pode ser reconhecida fora dos embargos.

5. Recurso provido." (REsp 229394/RN- Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 24.09.2001, p. 264: julg. 07.08.2001)

Para alguns autores, contudo, tratar-se-ia não de exceção, mas sim de objeção de pré-executividade. Esta última, aliás, é a denominação preferida por Nelson Nery Junior, porque entende que "exceção" é expressão imprópria, trazendo ínsita a idéia de disponibilidade do direito, razão por que não oposta a exceção, ocorre a preclusão. O correto, portanto, para este autor, "seria denominar esse expediente de objeção de pré-executividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão." (16)

Em que pese a dicotomia na nomenclatura jurídica dada a essa figura de defesa no processo de execução, buscando-se sua adequação ao sistema processual brasileiro, tem-se que é na denominação exceção que ocorre a melhor exatidão com o que representa este instituto, essa defesa que visa a desconstituir o processo executivo ou desonerar o executado do processo.

Concluindo, tem-se que se trata de exceção e não objeção, porque o que se pretende é a defesa, e exceção é "o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida".(17) E também porque, ao julgar as exceções, o Poder Judiciário apenas está "manifestando-se sobre questões incidentes ao processo; ou seja, sobre questões que em determinado momento recaem na relação processual pendente".(18)

Cabe, antes de qualquer conclusão ou análise sobre a natureza jurídica, a extensão e o objeto desta defesa do devedor, discorrer sobre o que tem se admitido como o primeiro texto doutrinário sobre tal instituto. Trata-se do parecer nº 95, de Pontes de Miranda, datado de 30 de julho de 1996.(19)

Naquele parecer, o doutrinador buscava, por meio de defesa em exceção, argüir nulidade de títulos executivos tidos como falsos, afastando-se, desta forma, a certeza da dívida. Salientava, para tanto, que "para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo e instrumento da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade", de tal forma que "quando se pede ao juiz que execute a dívida ( exercício das pretensões pré-processual e processual à execução), tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial." (20)

Como o título extrajudicial deve ser suficiente, "se alguém propõe ação executiva por dívida garantida por alguma caução judicial, ou hipoteca, a alegação de falsidade ou insuficiência do título há de ser julgada antes de qualquer eficácia de penhora, porque não se refere à

executividade", porque se trata de "negação da executividade do título".(21)

O direito pré-processual "é que diz se o título extrajudicial é título executivo ou não", porque "os requisitos que o direito pessoal ou real há de ter, para que a pretensão à condenação que lhe corresponde possa ser exercida simultaneamente com a pretensão à execução, são pressupostos da tutela jurídica".(22) Estão errados os que reputam processuais os requisitos de admissibilidade, porque, em realidade, não é o despacho do juiz "que confere a executividade; preexistia, e o mandado já se expede em deferimento da parte da petição em que se exerceu a pretensão à execução (adiantada)".(23)

No Código Processual de 1939, o art. 299 estabelecia que "a ação executiva será iniciada por meio de citação para que o réu pague dentro de vinte e quatro horas, sob pena de penhora." A ratio legis, segundo Pontes de Miranda, está em que "seria atribuir-se aos juízes poder incontrolável de executar sem que a pessoa contra quem se expede o mandado de penhora pudesse alegar incompetência de juízo, inclusive *ratione materiae*, ou suspeição do juiz, ou falta de pressupostos para a executividade do título (*lato sensu*). Seria absurdo, por exemplo, que os juízes incompetentes, ou suspeitos, ou por despacho baseado em títulos falsos, ou sem eficácia contra o demandado (e.g., assinado por outrem, que tem o mesmo nome, ou assinado, em nome do demandado, sem que tivesse o subscritor poderes de apresentação ou de representação), pudessem determinar a penhora sem ensejo para a alegação." (24)

Em realidade, a penhora ou o depósito "somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença":(25) assim sendo, as exceções, com base no art. 299 do CPC anterior, têm como prazo inicial o momento da citação, perfazendo-se o prazo de cinco dias. O que é declarável de ofício ou decretável de ofício é "suscitável entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora". (26)

E concluía, em seu parecer, no sentido de que, "uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva"(27) e, dessa forma, o devedor poderia alegar falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora, e, verificada a falsidade, deveria o juiz indeferir, *in limine*, o pedido de execução.(28)

A evolução histórica e a alteração dos procedimentos sobre a execução dos créditos da Fazenda Pública, bem como a inclusão do artigo supracitado da Lei nº 6.830/80, levaram doutrinadores e julgadores a se debruçar sobre fatos concretos, tendo em linha de conta a própria multiplicidade das relações tributário-fiscais, o aumento quer das relações jurídicas, quer dos mecanismos de cobrança. Sofistica-se o mercado econômico, sofisticam-se as relações Estado-contribuinte, sofisticam-se as formas e métodos para não só o lançamento e a inscrição em dívida ativa, mas também sofisticam-se as formas de defesa do contribuinte. Tudo isso, é claro, deve vir saudado e reverenciado como progresso, não só pela informatização dos precedentes, mas também reverenciando-se sempre e para sempre os sagrados princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sob pena de derrocada do próprio ordenamento jurídico positivo que ancora o Estado de Direito.

Por isso, em atenção à instrumentalidade do processo, é preciso interpretar-se em conjunto suas regras a fim de que se permita a sua utilidade. E é na instrumentalidade positiva do processo que se identifica a execução fiscal. Justamente porque essa instrumentalidade nega o culto do processo como um fim em si mesmo e o vê como instrumento, como meio e forma de satisfação do bem da vida perseguido, dos interesses tutelados pela ordem jurídica positiva.(29)

É por isso que a exceção de pré-executividade torna-se instrumento de valor incontestado no momento em que se a delimita e se a possibilita nos casos em que as regras gerais processuais não a proíbem.

Dessa forma, todas as matérias, quer de ordem pública – aquelas que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz ou alegadas a qualquer tempo pelas partes –; quer se trate de pressupostos processuais e das condições da ação, bem como a inexistência ou a deficiência do título que embasa a execução. Todas essas podem ser alegadas pelo devedor sem a necessidade de efetivar-se a penhora, diretamente no processo de execução ou mesmo a qualquer tempo, já que levam à própria nulidade da execução – CPC, 618.

Tem-se, pois, que admitida para as demais execuções, como se vê da doutrina de Teori Zavascki (30) e de Araken de Assis (31), deve a mesma ser admitida também na execução fiscal.

É que a execução fiscal, em que pesem suas próprias características e sua especificidade, não está e nem poderia estar fora do alcance de incidência de normas gerais do processo. Seria negar-se vigência ao princípio maior da eficácia e utilidade do instrumental processual para

a satisfação dos interesses e/ou direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também vem admitindo tal exceção em se tratando de execução fiscal:

“EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE DO TÍTULO. Consiste na faculdade, atribuída ao executado, de submeter ao conhecimento do juiz da execução, independentemente de penhora ou de embargos, determinadas matérias próprias da ação de embargos do devedor. Admite-se tal exceção, limitada porém sua abrangência temática, que somente poderá dizer respeito à matéria suscetível de conhecimento de ofício ou à nulidade do título, que seja evidente e flagrante, isto é, nulidade cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória.” (2ª Turma, AI nº 96.04.47992, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, julg. 07.11.96, DJ 27.11.96, p. 91.446)

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EMBARGOS. A exceção de pré-executividade só deve ser admitida se a matéria alegada é apreciável pelo juiz e os vícios capazes de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA forem demonstráveis de pronto, sob pena de fraudar o processo executório, que prevê os embargos como único meio de defesa do executado.” (1ª Turma, AI 96.04.54328/RS, Rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, julg. 18.02.97, publ. DJ 19.03.97, p. 16.0480)

Não é diverso o pronunciamento da Segunda Turma do STJ, relativamente à matéria:

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A DECISÃO QUE A ORDENOU CONTRA TERCEIRO INDICADO COMO SUCESSOR TRIBUTÁRIO.

A regra, na execução fiscal, é a de que o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa nos embargos do devedor (Lei nº 6.830, de 1980, art. 16, § 2º).

Excepcionalmente, admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação-decisão, então, sujeita a agravo de instrumento.

Hipótese em que o interessado interpôs desde logo o agravo de instrumento contra o ato que ordenou a penhora.

Mal sucedido nesse recurso, não podia substituí-lo pelo mandado de segurança.



Recurso ordinário improvido.” (ROMS 9980/SP, rel. Min. Ari Pargendler, julg. 23.03.99, DJ 05.04.99, p. 171)

De fato, seria fazer-se tábula rasa dos princípios informadores do processo – celeridade e concretude – admitir-se tenha o devedor que garantir o juízo por dívida já paga ou por ilegitimidade passiva ad causam, por exemplo. O erro na digitação de apenas um algarismo pode identificar pessoa diversa daquela que deveria figurar como executado. Também, e especificamente aos tributos objeto de execução fiscal, a inadmissão desta exceção pode consagrar o arbítrio, o que é inimigo da manutenção da ordem democrática. O TRF-4ª Região, a título exemplificativo, entendeu cabível a discussão em exceção de erros crassos (AI nº 1998.04.01.056774-7, Rel. Fabio Rosa, DJU 10.03.99, p. 811) e de decadência. (AC nº 1999.04.01.132118-7, Rel. Vânia Hack de Almeida, DJU 12.04.2000, p. 24)

Aqui, neste caso, necessária uma rápida incursão no tema da responsabilidade tributária, porque a inadmitir-se tal questão, pode-se chegar a executar aquele que nunca respondeu pela empresa ou aquele que, ao tempo do débito, não era associado.

O sujeito passivo natural é o contribuinte, a pessoa que tem relação pessoal e direta com a relação jurídica em que se constitui o fato gerador da obrigação tributária, na forma do art. 121 do CTN, contudo, “por razões de praticidade, comodidade na arrecadação, garantia do crédito e proteção contra a evasão, o legislador pode eleger pessoa diversa, o chamado responsável”, que seja, portanto, “vinculado indiretamente com o fato descrito na hipótese de incidência da norma básica”.(32)

Este tema é tratado nos artigos 128 a 138 do CTN. Diz-se que respondem solidariamente aqueles obrigados por lei, quando concorrem igualmente no acerto do pagamento. O parágrafo único do art. 896 do Código Civil de 1916 traz a noção de solidariedade, in verbis:

“Há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um devedor, mais de um credor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.”

O mesmo conceito foi reproduzido no art. 264 do Novo Código Civil, aprovado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência programada para janeiro de 2003.

Nos termos do art. 896 do Código Civil de 1916, “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes” (art. 265 do Código Novo). Em matéria tributária, a responsabilidade solidária está

contida nos artigos 124, 125 e 134, todos do Código Tributário Nacional. No caso proposto, incide a norma do art. 134, caput e inc. V, in verbis:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; (...).”

Há, pois, que se admitir a defesa antes da penhora, bem como durante os próprios embargos ou, após os mesmos, quando for matéria pré-provada, onde não se torne necessária qualquer dilação probatória, mesmo em execução fiscal e, diga-se, ainda mais em execução fiscal, por imperiosa economia processual diante da imensidão de processos que prolifera neste país.

Como bem salienta Cândido Dinamarco, “é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.” (33)

Os limites de admissão desta defesa são aqueles, em linha de analogia ampla, que balizam a ação mandamental, ou seja, inadmitem buscar, por outros meios, que não documentos apresentados com a petição da exceção, a demonstração da improcedência da execução. Pode ser oposta antes, durante ou após o julgamento dos embargos. Seu veículo, sua forma, é de simples petição, e seu conteúdo não pode admitir a necessidade de dilação probatória.

**IV - O postulado da proporcionalidade como ferramenta para aplicação do princípio de acesso pleno à jurisdição, no caso da execução fiscal.**

Cumprir lembrar que uma leitura constitucionalmente adequada não pode ser feita, conforme recorda Ingo Sarlet:

“não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem mite, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha-se para um direito da equidade, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições ‘em que haja espaço

não só para uma, e sim para muitas 'razões'. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e tampouco do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade. (...)'. Em termos gerais, verifica-se que a concepção de Zagrebelsky no que diz com um direito mite (a tradução espanhola utilizou o termo dúctil) está conectada à configuração de um sistema mais dinâmico, plural e complexo, não deixa de guardar relação com o pensamento de Norberto Bobbio, tal como exposto no seu Elogio della mitezza (o tradutor português optou pelo substantivo serenidade). A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude ativa e uma virtude social (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais) que se opõe frontalmente à arrogância, insolência e prepotência do homem político, guardando, portanto, estreita relação com a postura que pretendemos sustentar...".(34)

Neste contexto, colocada em risco a democracia e enfraquecendo o papel do Estado na :

"sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, a própria noção de cidadania como direito a ter direitos encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que BOAVENTURA SANTOS denominou de 'fascismo societal'. Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem salienta FRIEDRICH MÜLLER, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva, inexoravelmente, à ausência da segunda." (35)

"Já no que diz com a proibição de insuficiência, verifica-se a ausência ( pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial – da noção da proibição de insuficiência (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da idéia de proporcionalidade tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência. De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo

exigível em termos de aplicação do critério de necessidade no plano da proibição do excesso, equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência”.(36)

“Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional – de Direito) está em boa parte atrelado ao adequado manejo da ação de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância”. (37)

A partir, pois, da configuração de que, na linha acima exposta, o acesso à jurisdição é princípio fundamental para a manutenção do próprio Estado de Direito, há que se tecer algumas considerações sobre a primazia da própria Carta Constitucional como diretriz única capaz de concretizar e propiciar o meio social que rege e que vincula aos seus princípios.

Portanto, fundado nas teorias tão bem assentadas sobre o ordenamento jurídico, cumpre destacar que a única Constituição que é capaz de solver as lides e manter a paz é aquela que surge a partir da efetiva existência do Estado de Direito, fundado em ordens jurídicas constitucionais, que, no dizer de Lassale (38), são os fatores reais de poder.

Com efeito, este autor, cujo papel foi fundamental na defesa do voto direto e universal como instrumento de conquista de poder e democratização do Estado, não apenas desenvolveu uma teoria sobre os fundamentos sociológicos das Constituições, como também inaugurou o debate sobre a teoria da eficácia das leis, ao defender a proposição de que uma Constituição só pode ser o que é, jamais o que deveria ser (39). Assim, Lassalle, partindo do pressuposto de que o conceito jurídico de Constituição – pelo qual “Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país(40)” ou “a Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do Direito público do país (41)” – é uma descrição externa que não se presta a esclarecer qual é o conceito de

toda Constituição, vai buscar a essência de toda Constituição em fatores sociológicos que ele intitula de fundamentos essenciais, não-formais – sociais e políticos – de uma Constituição.

Para tanto, estabelece inicialmente que “uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum (42)”. Posteriormente, elenca como requisitos necessários e próprios de uma lei fundamental, que servem para distingui-la das demais leis, os seguintes: deve ser fundamental, deve constituir e fazer com que as demais leis sejam leis.(43)

Conclui, então, que os elementos essenciais de uma Constituição são os “fatores reais de poder”, afirmando que “os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.(44)

Logo, a Constituição é, em essência, a realidade da nação, ou seja, os poderes organizados que podem efetivar as ações. Essa constatação é talvez uma das principais contribuições da obra de Lassalle, justamente porque conduz à percepção de que a Constituição escrita, ainda que concebida como reflexo da transformação dos elementos reais de poder, não passará de uma “folha de papel” se não estiver fundada numa realidade fática de transformação social e de mudança nas “forças reais” que se constituem nos “fatores reais de poder” (45). Tais fatores, por sua vez, variam conforme a estrutura social de cada Estado, sendo formados, por exemplo, pelo conjunto integrado pela grande burguesia, pela pequena burguesia, pela monarquia, pelos banqueiros e, em maior ou menor grau, pela consciência social coletiva, pela cultura da nação, pelos operários, sempre observando que o poder da nação é o maior entre todos, contudo, se desorganizado é ineficaz.(46)

Por isso, sintetiza Lassalle: (47)

“Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.”

Nesse passo, necessário traçar umas breves linhas sobre o Poder político e o Estado. E o Estado surge a partir da natureza gregária do homem, em virtude da qual este interage com os demais em

constante e mútua comunicação e colaboração, organizando-se em sociedade.(48)

Acerca das inter-relações entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, escreveram vários autores. Aristóteles, ao tratar sobre governo, distinguiu polis e oikia, separando nitidamente a esfera pública da esfera privada. (49) Entretanto, na Idade Média, como a idéia do social ganha uma certa autonomia em relação à idéia do político, abandona-se essa separação estanque entre espaço público e espaço privado e afloram, então, duas noções a respeito dessas relações: uma noção que parte de uma perspectiva individualista, e outra noção que parte de uma perspectiva de hegemonia completa do Estado sobre os indivíduos.

De acordo com as correntes individualistas, tituladas especialmente por Hobbes e Locke (50), a sociedade baseia-se não na natureza boa ou egoísta do homem, mas num direito natural racional, a partir do qual os indivíduos que se encontram em um status naturalis unem-se através de um contrato, através da vontade geral, passando, assim, para um status civilis.

Afirma Hamilton Elliot Akel que “o poder que representa esta vontade geral constitui uma instituição moral e política que dá execução às decisões do todo: o Estado”.(51)

Numa concepção oposta à concepção individualista, Hegel propõe que a realização do indivíduo só ocorre a partir da realização do Estado, e, por essa razão, defende a sujeição total do indivíduo ao poder exclusivo e pleno do Estado. Nas palavras de Hamilton Elliot Akel: (52)

“A proposição hegeliana de Estado, como assinala Gurvitch, encarna ‘a realidade da idéia moral, a totalidade ética, a realização da liberdade, o verdadeiro organismo, o infinito real, o espírito na sua racionalidade absoluta e na sua realidade imediata. (...)’ O Estado hegeliano idealiza um valor de hierarquia racional, representativo da monarquia prussiana, mas também incorpora um modelo que se aproxima em muito da organização estatal burguesa.”

Finalmente, buscando superar a clássica separação entre a sociedade civil e o Estado, Gramsci formulou uma teoria pela qual afirmava estarem a sociedade civil e a sociedade política em eterna e constante interação, até mesmo entrelaçando-se e identificando-se em dados momentos. Por isso, afirma Hamilton Elliot Akel que, para Gramsci, “o Estado é a sociedade política mais a sociedade civil, ou seja, uma hegemonia protegida pela coerção”.(53)

Feitas essas considerações e adotando-se a conceituação gramsciana de Estado, na qual há íntima ligação entre a organização civil e a organização política, cumpre, então, responder a indagação referente à possibilidade de separar a existência do Estado da existência do Direito, fixando, assim, se Estado e Direito constituem realidades diversas ou se o Direito integra e faz parte do Estado de modo intrínseco e indissolúvel. Sobre esse tema, surgiram basicamente duas teorias, quais sejam, a teoria dualista e a teoria monista. Para a primeira, o Estado cria o Direito que a ele se subordina, ainda que se reconheça que certas normas não tenham sido por ele determinadas, uma vez que dependeriam da sanção do Estado. (54) Já a teoria monista, que parece ser a que mais explica a realidade das interações entre o poder político e o ordenamento jurídico, afirma que o Estado interliga-se, confunde-se e identifica-se com o direito. A concepção monista, conforme Hamilton Elliot Akel, (55)

“tende a eliminar o dualismo jurídico-estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica: o Estado encarna o próprio direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único. Para Kelsen, o Estado é um Estado de Direito permanente, porquanto a personalidade jurídica do Estado é a expressão da unidade de uma normatividade jurídica, um ponto de imputação que o espírito do homem cognoscente, premido pela intuição, está demasiadamente inclinado a hipostasiar, a supor real, para representar-se, através da ordem jurídica, o Estado como um ser diferente daquela.

‘O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo direito que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado. (...)’

‘Lembra a propósito Wilson de Souza Campos Batalha que o poder social é sempre um poder que se acha organizado. O poder estatal reflete a efetividade de uma ordem jurídica positiva, pois a ordem política é um poder jurídico organizado. Dentro desses parâmetros, o poder político é a eficácia de uma ordem coativa que se reconhece como direito.”

Portanto, parte este trabalho de, no mínimo, duas premissas básicas, a saber: que o Estado é composto da constante interação entre a sociedade civil e a sociedade política e que o Estado identifica-se com a ordem jurídica, ora se legitimando com base no Direito, ora emprestando-lhe vigor e força. Aliás, não é demais destacar que, modernamente, como bem coloca Eros Grau,

“o Estado, então, já não ‘intervém’ na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de políticas públicas – atua não apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador.” (56)

Tudo buscando-se a explicação e a interpretação do que seria essa ordem capaz de efetivar comandos abstratos.

Como bem afirma São Tomás de Aquino, a ordem jurídica posta só se legitima na medida em que está fundada no bem comum e tem por escopo o bem comum.(57) Assim, não está o intérprete autorizado a extravasar os limites da lei, indo além de suas palavras com o propósito de atender à intenção do legislador, tendo em vista que a lei se presume editada para atender o seu fim comum. Por isso, adverte Rodrigo Andreotti Musetti, ao comentar o pensamento de São Tomás de Aquino (58):

“Inicialmente pode-se dizer que, quando alguém ultrapassa as palavras da lei dizendo observar a intenção do legislador, na verdade está julgando a lei. Com efeito, não será lícito a quem está sob o império da lei ir além de suas palavras com o objetivo de atender à intenção do legislador.”

E, como nem sempre é possível e desejável ao legislador, no momento da criação da lei, prever abstratamente todas as hipóteses e situações abrangidas por esta finalidade comum, é o bem comum que vai indicar se deve ou não ser aplicada uma determinada lei diante de um caso concreto. Nesse sentido, é a passagem que se transcreve (59):

“(...) nenhum homem é sábio o suficiente para conceber todos os casos singulares e, assim, não pode exprimir suficientemente por suas palavras o que é adequado ao fim intencionado. Mesmo que fosse possível a algum homem conceber todos os casos singulares, não seria conveniente exprimi-los todos a fim de evitar confusão; devendo, portanto, direcionar a lei para o que acontece com mais freqüência.

(...) é possível admitir-se que, na aplicação da lei ao caso concreto, pode-se gerar uma injustiça. Esta, contudo, pode ser evitada se analisarmos a finalidade da lei, isto é, o bem comum.”

Logo, para São Tomás de Aquino o bem comum é o vetor que vai informar se uma lei é justa ou injusta e se, conseqüentemente, deve ou não ser aplicada, concluindo que “quando a lei for de encontro à sua própria essência, ou seja, quando a lei não for direcionada ao bem comum, perderá o seu sentido e deixará de obrigar”. E segue: “mesmo em vigor, será uma norma injusta e questionável, só sendo exigida injustamente”.(60)

Para Kelsen, existe uma norma fundamental que é pressuposto (61) e antecede mesmo a ordem jurídica, conferindo-lhe validade objetiva simplesmente. Esta ordem jurídica, sua positividade –



estabelecimento e eficácia – não se deriva e não faz parte (62) da referida norma, mas constitui um todo pleno e coerente determinado por esta, respondendo a todos os problemas, por ser válido e aplicável pelos tribunais. Do ponto de vista jurídico, o principal fundamento, pois, para a aplicação das normas é a sua validade (63), uma vez que as normas inferiores se derivam nas normas superiores e nestas se fundamentam, numa relação hierárquica lógico-formal, formando uma pirâmide no topo da qual se encontra a referida norma fundamental.

Nesse sentido, referem-se as palavras do próprio autor:

“O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, em confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

(...)

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). (...)

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.” (64)

No tocante à natureza da norma fundamental, designada como condição lógico-transcendental para a interpretação do fato constituinte e dos fatos estabelecidos conforme a Constituição, a teoria kelseniana afirma que, em regra, esta diz, num plano imediato, com uma Constituição com eficácia global, determinada, estabelecida e elaborada conforme o costume ou a partir de um estatuto, e, em um plano mediato, diz com a ordem coercitiva também globalmente

eficaz, produzida segundo a Constituição, no momento em que fundamenta a validade desta Constituição e a validade da ordem coercitiva concebida consoante esta última. Daí deduz que a norma fundamental não é o resultado de “uma descoberta livre”, pela qual a sua pressuposição se verificasse de modo arbitrário, esclarecendo que “somente quando pressupomos esta norma fundamental referida a uma Constituição inteiramente determinada, quer dizer, somente quando pressupomos que nos devemos conduzir de acordo com esta Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas”.(65) Afirma, ainda, Kelsen que a norma fundamental não é uma norma posta, nem querida pela ciência jurídica, mas apenas pensada pelo intérprete, no exercício do conhecimento, e não da vontade, razão pela qual constata:

“Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental. Ela não prescreve que devemos obedecer às ordens do autor da Constituição. Permanece conhecimento, mesmo na sua verificação teórico-gnoseológica de que a norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira.” (66)

Finalmente, vale tecer alguns comentários sobre a relação de interdependência que Kelsen estabelece entre a validade e a eficácia do ordenamento jurídico (67). Sustenta este autor que, se não é possível apartar completamente a validade da eficácia, também não é possível dizer que a validade se identifica com a eficácia, justificando a sua afirmação da seguinte forma:

“Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. (...) A fixação positiva e a eficácia tornam-se, pela norma fundamental, condição de validade. A eficácia o é no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e assim como a norma jurídica singular, não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona.” (68)

Partindo-se, assim, dessas breves reflexões feitas sobre a “teoria pura do direito”, percebe-se, nitidamente, que Kelsen, inspirando-se na teoria do conhecimento de Kant (69), alheia a toda metafísica, formulou sua teoria procurando assegurar um conhecimento unicamente endereçado ao Direito, explicando como ele é e não como deve ser ou como ele deve ser feito, uma vez que se trata de “ciência jurídica e não política do Direito”, (70) com uma metodologia própria, excluindo-se todos os elementos que lhe são estranhos. Por conseguinte, o processo de afirmação da norma fundamental prescinde de valores que ultrapassem o direito, não havendo espaço para se indagar o teor da Constituição e da ordem jurídica nela fundada, se a referida ordem é justa ou injusta e se assegura a paz ou não na comunidade para a qual é dirigida. É o que se denota do seguinte trecho:

“Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica do estado erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não se afirma qualquer valor transcendente ao Direito positivo”. (71)

Contudo, é preciso destacar que a norma fundamental deve ser entendida dentro do contexto de sua função desempenhada no âmbito da teoria geral do direito, que não é outra senão dar fundamento à validade de uma ordem jurídica posta, coercitiva e globalmente eficaz, interpretando o sentido subjetivo dos atos de vontade humanos como seu sentido objetivo, (72) e respondendo qual o fundamento de validade da Constituição jurídico-positiva. Isso significa que, para se compreender a teoria kelseniana, é necessário ter sempre presente que Kelsen não se propôs a criar uma teoria dirigida à interpretação de normas jurídicas particulares ou para explicar a origem e a eficácia da ordem jurídica, mas uma teoria geral do Direito positivo que, em síntese, se baseia num processo de pressuposição de uma norma fundamental, para o qual não concorrem outros valores. Logo, equivocam-se aqueles operadores do direito que acusam a sua teoria de servir como substrato para a instauração de ordens jurídicas tirânicas, injustas e despóticas e como fundamento para sentenças injustas e iníquas, quando ela, na realidade, apenas busca explicar como se opera a validade do ordenamento jurídico, o que não conduz, de modo algum, à conclusão pela impossibilidade da realização de considerações ético-políticas na elaboração e na aplicação do direito. Aliás, sobre esse ponto, cabe ressaltar que Kelsen jamais descartou a possibilidade de pensar o direito de um ponto de vista ético-político, apenas ressaltou que essa é função do Direito natural, ao qual, segundo o autor, incumbe fornecer “uma possível justificação do Direito positivo”. (73)

Já Ferraz Júnior parte da afirmação de que o direito, como objeto de conhecimento, (74) pode ser concebido de maneiras diferentes, conforme seja estudado sob o enfoque dogmático ou zetético – linguagem utilizada por Theodor Viehweg (75) –, ressaltando a sua adoção, no tratamento deste tema, do direcionamento dogmático, com análise, entretanto, zetética.(76) Para este autor a zetética parte de evidências, predominando nos seus conceitos o aspecto pergunta, ao passo que a dogmática parte de dogmas (77), sobressaindo nos seus conceitos o aspecto resposta, distinguindo-as, basicamente, da seguinte forma:

“O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captadas se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação.” (78)

E, de acordo com Ferraz Júnior, a dogmática analítica tem como noção central a norma. Da consideração de que a norma, sua conceituação, é o ponto principal para a dogmática jurídica, resulta que é preciso saber de onde provém o seu caráter jurídico, hábil a determinar a discriminação da norma jurídica das demais normas existentes no âmbito social e estatal. Diz o citado autor que a nota jurídica de uma norma emana da institucionalização de uma relação de autoridade e que tal institucionalização depende da introdução das normas nos sistemas “que representam, por pressuposição, o consenso anônimo e global de terceiros (leia-se, por suposição, de toda sociedade)”.(79) Nesse raciocínio, assevera este autor:

“As instituições repousam, na verdade, não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros (Luhmann, 1972). Sua homogeneidade é, por isso, visivelmente fictícia. Trata-se de abstrações sociais, apoiadas em procedimentos como a eleição, a decisão em assembléia, o voto solene e público. O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência. Daí a busca, no discurso dos juristas, da conformidade das expectativas normativas com os objetivos do interesse público, do bem comum, do Estado.” (80)

Sobre tal tema, afirma resumidamente o mesmo autor:

“Em suma, não é qualquer conteúdo que pode constituir o relato das chamadas normas jurídicas, mas apenas aqueles que podem ser generalizados socialmente, isto é, que manifestam núcleos significativos vigentes numa sociedade, nomeadamente por força da ideologia prevalecente e, a partir dela, dos valores, dos papéis sociais e das pessoas com ela conformes”. (81)

Entretanto, observa que, para a formação das condições de decidibilidade, não basta identificar os elementos estruturais internos de uma norma, sendo necessário aferir-se também sobre a sua validade. A validade, (82) por sua vez, só pode ser determinada dentro do contexto no qual as normas estão inseridas, tomando-se em consideração, para tanto, o denominado repertório – elementos que integram o ordenamento – e a estrutura – o conjunto das regras e das relações por elas estabelecidas, os quais – repertório e estrutura – formam um sistema.

Nas palavras deste autor:

“Para a dogmática analítica, ordenamento é um conceito operacional que permite a integração das normas num conjunto, dentro do qual é possível identificá-las como normas jurídicas válidas. Concretamente, seu repertório não contém apenas elementos normativos mas, como vimos, também não-normativos. A decisão de incluí-los ou não na consideração do ordenamento como sistema é uma opção teórica cujo fundamento último é um problema zetético. Do mesmo modo, em sua estrutura concreta manifestam-se os mais variados tipos de regras e relações (algumas são regras empíricas, isto é, nascidas e percebidas na experiência como o princípio da soberania e a preeminência das normas estatais), outras são regras lógicas (como a exigência de coerência entre as normas), outras são expressões de valorações (como o princípio da lex superior) etc. Assim, a decisão de incluí-las como componentes da estrutura do ordenamento enquanto sistema é, igualmente, uma opção teórica de fundamento zetético.” (83)

Assim, valendo-se da chamada dogmática analítica, (84) para a qual a norma é um conceito central, importando também a identificação de sua validade, (85) define o ordenamento jurídico como sistema dinâmico, (86) cuja estrutura é circular e não piramidal, (87) como propôs Kelsen, constituído por diversos modelos de funcionamento que oscilam com base na variedade de suas regras estruturais, não havendo uma norma única a imprimir-lhe unidade, mas séries normativas plurais.

Portanto, ao contrário da teoria kelseniana, a teoria construída por Ferraz Júnior propõe que “a validade de uma norma não se deduz da

validade de outra", (88) já que, sendo a validade "um conceito relacional", (89) deve ser identificada dentro do sistema circular por ele proposto, implicando as relações de validade "a formação de séries normativas de subordinação, portanto hierarquias normativas, em que o cometimento de uma norma é imunizado pelo relato de outra, e assim sucessivamente". (90) Conforme esta doutrina, tais cadeias de normas não são infinitas, pois o elo de subordinação entre uma norma e outra não é causal, mas de imputação, encontrando, regressivamente, o limite representado pela norma-origem, e, progressivamente, o limite representado pela decisão final.

A propósito, quanto às normas-origem, cuja imperatividade (91) vem informada pelas denominadas regras de ajustamento ou de calibração, Ferraz Júnior formula o seguinte conceito:

"(...) normas-origem são normas efetivas (ocorrem numa situação de fato favorável), dotadas de império e primeiras de uma série. Como não guardam nenhuma relação com qualquer norma antecedente, não são válidas, apenas imperativas, isto é, têm força impositiva. E as regras responsáveis por sua imperatividade são regras estruturais do sistema ou regras de calibração. Daí poder-se dizer que a imperatividade expressa uma relação de calibração, ou seja, uma relação não com outra norma, mas com uma regra de ajustamento." (92)

Por fim, sobre a sua teoria do ordenamento jurídico, deduz este autor, em síntese, as seguintes constatações:

"(...) nossa hipótese é de que os ordenamentos ou sistemas normativos jurídicos são constituídos primariamente por normas (repertório do sistema) que guardam entre si relações de validade reguladas por regras de calibração (estrutura do sistema). Como sistema, eles atuam num meio ambiente, a vida social que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para esta atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança em seu padrão de funcionamento, o que ocorre pela criação de nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula esta criação e, portanto, a mudança de padrão, são suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra: continua funcionando. Esta mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta a um padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade de suas regras de calibração." (93)

Dos comentários feitos anteriormente acerca do entendimento de Ferraz Júnior sobre a ordem jurídica, resulta nítido que este doutrinador afasta a possibilidade de se obter uma definição neutra do que seja direito. Em consequência, o sistema circular apresentado por este autor, que compõe o ordenamento jurídico e que só existe em função da decidibilidade de conflitos em geral, (94) não é rigorosamente lógico como um sistema matemático, uma vez que dentro desse sistema encontram-se não apenas elementos objetivos, mas também elementos axiológicos e valorativos.

A título de exemplo acima exposto, transcreve-se a seguinte passagem:

“Observe o leitor que para construir o sistema do direito (ambiental) é preciso recorrer a normas referentes a atividades e comportamentos múltiplos e distintos. Aqui vão entrar em jogo normas de direito administrativo, do trabalho, comercial, constitucional, tributário, econômico etc. Mas, acima de tudo, o núcleo organizador do sistema não será – nem pode ser – uma definição evidente do que seja poluição, pois as situações são tão variadas que, certamente, as normas proporão entendimentos diversos a respeito, variáveis conforme as situações e avaliações enfocadas. Por tudo isso, o sistema tem como centro aglutinador o problema da poluição. De um modo mais genérico, podemos dizer (...) que, no sistema construído pela ciência dogmática, ‘os conceitos que são, na aparência, de pura técnica jurídica’ ou ‘simples partes do edifício’ só adquirem o seu sentido autêntico se referidos ao problema da justiça. Diríamos que, por isso, ocultam por de trás de uma análise quase-lógica, elementos axiológicos ou valorativos.” (95)

Conclui-se, então, esta parte da exposição observando o seguinte: as teorias acima abordadas e que visam a explicar e identificar os fundamentos e elementos pertinentes à ordem jurídica não excluem umas as outras; ao contrário, são complementares, porque cada uma traz aspectos importantes e úteis para uma compreensão sobre o conteúdo, a validade, a eficácia, ou a origem da ordem jurídica contemplada como um todo, no momento em que trazem enfoques diferentes para a abordagem desta mesma questão.

Analisadas as principais correntes teóricas atinentes à ordem jurídica, passa-se, então, ao exame das noções e estudos doutrinários elaborados com a finalidade de explicar o direito.

O conceito de direito (96) é, até hoje, objeto de estudos, a fim de que a ciência do direito seja firmada como ciência. Como bem observa Bobbio, para entender o direito há que se chegar ao ordenamento, (97) considerando-se as normas em seu conjunto e as suas respectivas relações, de maneira global e de forma sistemática,

não bastando, na busca de sua compreensão, o estudo isolado da norma, tendo em vista que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...)”. (98)

No entanto, anota este autor, num rápido apanhado histórico, que “o estudo aprofundado do ordenamento jurídico é relativamente recente”,(99) pois, nas indagações e questionamentos referentes à teoria geral do Direito, houve tradicionalmente o predomínio do enfoque particular e isolado da norma sobre o enfoque sistêmico e contextual. Nesse sentido, as passagens:

“Em outros termos, podemos dizer que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende.

(...)

“Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta”. (100)

Além disso, segundo Bobbio, são os teóricos da instituição os que inauguram o estudo do Direito a partir do ordenamento jurídico contemplado em sua totalidade, o que resta claro da seguinte afirmação:

“A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.” (101)

Prosseguindo neste apanhado histórico, Bobbio aponta Kelsen como um dos principais responsáveis pela discriminação, em sua teoria do direito e, mais especificamente, na sua obra Teoria geral do Direito e do Estado, dos problemas pertinentes ao ordenamento jurídico (parte nomodinâmica) – tratando-os autonomamente e enquanto parte da teoria geral do direito – e dos problemas concernentes à norma jurídica (parte nomostática), destacando a sua importância particularmente pelo fato de “ter tido plena consciência da importância de problemas conexos com a existência do ordenamento jurídico”.(102)



Na seqüência de sua pesquisa por uma definição do Direito, ressalta constante e apropriadamente este autor a impossibilidade de conceituar o direito pelo ângulo da norma jurídica tomada isoladamente, sustentando que “uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico”.(103) Estabelecida tal premissa e a fim de demonstrar a validade de sua tese, Bobbio propõe-se a examinar as insuficiências e deficiências das teorias que procuraram definir o Direito através de um componente qualquer da norma jurídica, valendo-se, para tanto, de quatro critérios: critério formal, critério material, critério do sujeito que põe a norma e critério do sujeito destinatário da norma.

O critério formal diz com a estrutura das normas que se diferem conforme sejam positivas ou negativas; categóricas ou hipotéticas; e gerais (abstratas) ou individuais (concretas). Consoante Bobbio, tal critério não serve para identificar a norma jurídica, pois no ordenamento jurídico convivem harmonicamente normas positivas e normas negativas e também normas abstratas e normas concretas, sendo que, apesar de ser correta a afirmação de que o sistema normativo compõe-se exclusivamente de normas hipotéticas (104) – dentre as quais destaca a forma preconizada por Kelsen em sua teoria da norma como juízo hipotético –, esta observação não traz qualquer peculiaridade que sirva para distinguir a norma jurídica das demais, sendo típica de qualquer norma técnica ou de qualquer norma condicionada.

O critério material, por sua vez, obtém-se através do conteúdo das ações reguladas; portanto, engloba, de um lado, todas as ações possíveis do homem e exclui, de outro, as ações necessárias decorrentes da natureza e as impossíveis de serem, por este, cumpridas. Entretanto, excluídas estas ações – impossíveis ou necessárias, tendo em vista a absoluta inutilidade de “uma norma que comandasse uma ação necessária ou proibisse uma ação impossível (105)–, verifica-se que as ações possíveis podem constar tanto de regras jurídicas quanto de regras de conduta, o que demonstra a invalidade do critério em tela na aferição do conceito de norma jurídica. Procurando, então, aperfeiçoar este critério, tentou-se discernir, na seara das ações possíveis, as ações que interessam ao Direito, classificando-se as ações possíveis como internas e externas e subjetivas ou intersubjetivas; porém tal tentativa restou frustrada, haja vista que, como bem esclarece Bobbio, “as categorias das ações externas e das ações intersubjetivas são extremamente genéricas” e, além disso, “ambas podem servir para distinguir Direito da Moral, mas não das regras do costume que se referem sempre a ações externas e muitas vezes a ações intersubjetivas”. (106)

Pelo critério do sujeito que põe a norma, o traço distintivo das normas jurídicas em comparação com as outras normas é o fato de que aquelas são estabelecidas e ditadas pelo poder soberano, “entendendo-se por ‘poder soberano’ aquele acima do qual não existe, num determinado grupo social, nenhum outro, e que, como tal, detém o monopólio da força”.(107) Comentando o mencionado critério, Bobbio ressalta que esta concepção de Direito baseada na soberania (108) é mais útil e esclarecedora, já que erigida contemplando-se o ordenamento jurídico e não a norma isolada, (109) porque “poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro, (110) concluindo, por esse motivo, que “a teoria do Direito como regra coativa e a teoria do Direito como emanção do poder soberano são convergentes”.(111)

Também o critério do sujeito destinatário da norma acaba reflexamente conduzindo à solução de se abandonar a visualização do Direito por meio da norma em particular, destacando a importância da noção de Direito extraída a partir do contexto jurídico-normativo. Este critério varia conforme a norma esteja endereçada, na expressão de Bobbio, ao súdito ou ao juiz. Como o tão-só fato de a norma ser destinada ao súdito não é suficiente para distingui-la das demais, particulariza-se a norma, por este critério, enfatizando-se a atitude – de convicção ou crença na sua compulsoriedade – com que os súditos a recebem. E o sentimento de obrigatoriedade dos súditos no dizer de Bobbio “é o sentimento de que aquela norma singular faz parte de um organismo mais complexo e que da pertinência a esse organismo é que vem seu caráter específico”.(112) Por outro lado, se se conceituar a norma, como sendo aquela cujo destinatário é o juiz, é necessário, primeiramente, definir o que é o juiz. E não há como obter uma compreensão das características do juiz se não se tiver em mente o ordenamento jurídico. Na lição deste autor:

“Dir-se-á que o juiz é aquele ao qual uma norma do ordenamento atribui o poder e o dever de estabelecer quem tem razão e quem não tem, e de tornar assim possível a execução de uma sanção. Mas, desse modo, uma vez mais somos reconduzidos da norma isolada ao sistema normativo. E percebemos, além disso, que não apenas procuramos tornar conclusiva uma definição do Direito referida à norma, mas somos constrangidos a deixar a norma e abraçar o ordenamento.” (113)

Por fim, após expor as principais teorias elaboradas para explicar o Direito com base em critérios diversos, os quais remetem ou não o conceito de Direito à idéia de ordenamento jurídico, Bobbio traz a sua própria definição, pela qual se determina a norma jurídica pela sanção,(114) e esta última pelas notas de exterioridade e institucionalização. Apresenta, assim, a norma jurídica “como aquela norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e

institucionalizada", (115) levando-se em conta não a norma em si mesma, mas a reunião de normas que compõem o ordenamento jurídico, propondo, nesse raciocínio: "deixar a norma em particular pelo ordenamento", (116) uma vez que "definir o Direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas". Tal entendimento aparece reiteradas vezes em sua obra, como se vê dos seguintes trechos, aqui reproduzidos: (117)

"o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas.

(...)

"(...) o problema da definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma. (...) Só em uma teoria do ordenamento – este era o ponto a que importava chegar – o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação."

Ademais, a par do problema da identificação do Direito, há as questões referentes à eficácia e à validade, as quais, sustenta o autor ora focado, do mesmo modo, devem ser examinadas sob a perspectiva do ordenamento jurídico e não da norma em si mesma. Conseqüentemente, indica Bobbio que esta é a única saída viável para o clássico dilema consistente na existência de normas que sejam válidas, mas ineficazes, porque nunca foram aplicadas, ou seja, compreender que, no ordenamento, a eficácia é o fundamento da validade, tomando-se aquela – eficácia – como elemento constitutivo do Direito, enquanto conjunto sistemático de normas. (118)

Prossegue, ainda, Bobbio no estudo do Direito, asseverando que também a particularização das normas jurídicas consuetudinárias em relação às demais normas do costume só tem sentido e ocorre em função do ordenamento. Tal afirmação encontra fundamento no fato de que a busca desta diferença deve partir da seguinte indagação: "Quais são os procedimentos através dos quais uma norma consuetudinária vem a fazer parte de um ordenamento jurídico?", (119) para se chegar à seguinte resposta: "uma norma consuetudinária torna-se jurídica quando vem a fazer parte de um ordenamento jurídico". (120)

Com todos esses exemplos, Bobbio demonstra novamente, de maneira concludente, que as questões concernentes à teoria geral do Direito devem ser tratadas e compreendidas no âmbito do ordenamento jurídico, partindo-se da premissa básica de que as normas são jurídicas porque se inserem no ordenamento jurídico, fazendo parte deste conjunto – e não da afirmação de que um determinado ordenamento é jurídico porque é composto por normas jurídicas. Nas palavras deste autor:

“Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos. O termo ‘direito’, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma.” (121)

Por outro lado, cumpre também referir que as reflexões de Bobbio em torno do conceito de ordenamento levaram-no à conclusão de que não é possível um ordenamento de uma só norma de conduta,(122) mas é concebível um com apenas uma norma de estrutura, como por exemplo, nos Estados cujo regime de governo é a monarquia absoluta, sendo esta a única regra estrutural, havendo, contudo, sempre uma pluralidade de normas de conduta.(123) É que, como constatou de forma precisa este autor, é impossível pensar um ordenamento em que uma só norma consiga abranger todas as ações possíveis, qualificando-as com uma única modalidade normativa de forma que tudo seria permitido, ou proibido ou obrigatório. Além disso, mesmo diante de um ordenamento composto por determinada norma que ordene ou proíba somente uma ação, é um equívoco afirmar-se que esse ordenamento é formado por uma única norma, tendo em vista que “toda norma particular que regula (ordenando-a ou proibindo-a) uma ação implica uma norma geral exclusiva, isto é, uma norma que subtrai daquela regulamentação particular todas as outras ações possíveis”.(124) Ainda, nesta linha de pensamento, Bobbio assim deduz e se posiciona:

“Penso que só a ordem de não causar dano a ninguém poderia ser concebida como aquela a que possa ser reduzido um ordenamento jurídico com uma norma particular única. Mas, ainda com essa simplificação, um ordenamento jurídico compreende não uma, mas duas normas: a que prescreve não causar dano a outrem e a que autoriza a fazer tudo o que não cause dano a outrem.” (125)

Uma vez estabelecido que o ordenamento jurídico compõe-se de uma pluralidade de normas,(126) Bobbio conclui que os problemas relacionados com a existência deste ordenamento coincidem com os problemas que surgem das relações das diversas normas entre si, entre os quais ganham especial relevo o problema da hierarquia das normas, que diz com a investigação sobre a unidade do ordenamento, e o problema das antinomias, que diz com a investigação sobre o sistema. Logo, segundo Bobbio, a teoria do ordenamento jurídico vem não apenas integrar a teoria da norma jurídica, mas permitir um debate mais apropriado e amplo acerca dos problemas que nascem com a formação deste ordenamento.

Em continuidade, o filósofo italiano manifesta-se no sentido de que a hipótese de ordenamentos formados por uma ou duas normas é

totalmente abstrata, pois concretamente só existem ordenamentos "compostos por uma infinidade de normas",<sup>(127)</sup> que podem ser classificados em simples e complexos conforme a seguinte peculiaridade: os tipos simples possuem normas derivadas de uma única fonte, enquanto os tipos complexos são constituídos por normas oriundas de fontes variadas e diferentes.<sup>(128)</sup> Sustenta, ainda, Bobbio que, na prática e em geral, os ordenamentos jurídicos de que se tem conhecimento são os complexos, cujas normas não derivam de uma única fonte; daí a dificuldade de se poder contá-las.

Centrando, então, a sua análise nos ordenamentos jurídicos complexos, Bobbio localiza como principal causa de tal complexidade "o fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho",<sup>(129)</sup> o que acarreta uma diversidade de fontes, diretas ou indiretas. Esclarece, outrossim, que, no que tange às normas indiretas, o poder supremo procura suprir essa necessidade através do fenômeno da recepção das normas já elaboradas e da delegação de poder de criação de normas jurídicas a outros poderes ou órgãos.

Ainda, sobre as fontes indiretas, Bobbio classifica-as em fontes reconhecidas, cujo exemplo típico é a recepção, e fontes delegadas, elencando as diferenças existentes entre uma e outra, assim asseverando: "na recepção o ordenamento jurídico acolhe um preceito já feito; na delegação, manda fazê-lo ordenando uma produção futura".<sup>(130)</sup> Portanto, enquanto a recepção admite a internalização e inserção no ordenamento de normas criadas em outros ordenamentos, relacionando-se, normalmente, com regra criada no passado, na delegação ocorre, em geral, uma ordem, normalmente oriunda do Poder Legislativo para o Poder Executivo ou para o próprio particular, de elaboração de norma no futuro com o fim de viabilizar a aplicação de comandos normativos excessivamente genéricos e abstratos. Entre as fontes de direito reconhecidas, sustenta este autor, encontra-se o costume "nos ordenamentos estatais modernos, onde a fonte direta e superior é a Lei",<sup>(131)</sup> ao passo que, entre as fontes delegadas, estão os regulamentos, que vêm especificar a lei, e as leis ordinárias, que vêm dar aplicabilidade à Constituição, sendo certo que, devido ao fenômeno da delegação, "conforme se vai subindo na hierarquia das fontes, as normas tornam-se cada vez menos numerosas e mais genéricas; descendo, ao contrário, as normas tornam-se cada vez mais numerosas e mais específicas".<sup>(132)</sup>

Finalmente, Bobbio refere que também faz parte das fontes indiretas do direito o denominado "poder de negociação", pelo qual os particulares regram voluntariamente os seus próprios interesses, destacando, contudo, que esta fonte tanto pode ser enquadrada

como fonte reconhecida, quanto como fonte delegada, conforme se leve em consideração em maior ou menor grau a autonomia privada. Na lição deste autor:

“Se se coloca em destaque a autonomia privada, entendida como capacidade dos particulares de dar normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e se considerarmos os particulares como constituintes de um ordenamento jurídico menor, absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas é concebida de preferência como produtora independente de regras de conduta, que são aceitas pelo Estado. Se, ao invés, colocamos o acento no poder de negociação como poder delegado pelo Estado aos particulares para regular os próprios interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como uma fonte delegada. Trata-se, em outras palavras, de decidir se a autonomia privada deve ser considerada como um resíduo de um poder normativo natural ou privado, antecedente ao Estado, ou como um produto do poder originário do Estado.” (133)

A propósito da discriminação e identificação no ordenamento jurídico das fontes reconhecidas e das fontes delegadas, é importante ressaltar o pensamento de Bobbio no sentido de que tal questão está estritamente vinculada e vai passar necessariamente pela postura e noção que se adotar referentemente à gênese e à estrutura de tal ordenamento. Aí se evidencia mais uma vez a sua tese de que todas as indagações pertinentes à teoria geral do Direito dizem diretamente e são reconduzidas ao problema da formação e estruturação do ordenamento.

O Estado de Direito é aquele que determina os poderes e que os limita por intermédio de uma Constituição. Por isso, Gomes Canotilho anota que o “Estado Constitucional é ‘mais’ do que o Estado de Direito” e que, neste Estado, “o elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power)”. (134)

Portanto, feito um apanhado geral sobre as teorias fundamentais construídas em torno do Direito e do Estado e partindo-se do entendimento de que o ordenamento jurídico é uma unidade complexa, surge o problema da hierarquia das normas bases num sistema completo e surgem os problemas das antinomias e das lacunas. Daí que, para a efetividade deste ordenamento, necessária uma maneira de se entender o que se deseja expressar. Este é, então, o papel da hermenêutica, que se torna imprescindível na aplicação e interpretação do ordenamento. Tudo buscando-se a explicação e a interpretação do que seria essa ordem, capaz de

efetivar comandos abstratos, coercitivos à sociedade que regulamentam.

É, pois, a partir do entendimento de que essa ordem jurídica positivada, em cujo conteúdo estão inseridas as conquistas da democracia, que Lenio Streck e Bolzan (135) concluem que “o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade”.

Assim, somente dentro da concepção de que o Direito tem como objeto um conjunto ordenado de normas, um feixe de textos que sustentam o próprio Estado de Direito por meio da interpretação sistemática de todo o sistema, é que se pode alcançar a efetivação dos direitos fundamentais garantidos.

A contemporaneidade trouxe a quebra do paradigma iluminista individualista de que as regras do texto constitucional erigidas nas cláusulas pétreas, núcleo duro do direito, são efetivamente o norte a ser seguido capaz de aplicar o texto posto ao caso concreto.

Assim, o STF tem assentado em sua jurisprudência o acesso à justiça como direito fundamental dos cidadãos na busca de solver lides individuais ou aquelas que envolvem os direitos de terceira e quarta dimensão.

É princípio absoluto, não se pode relativizá-lo ou permitir exclusões em nome de interesses maiores, porque o maior interesse é o de garantir seja o Judiciário o poder capaz de efetivar e concretizar os direitos tidos como fundamentais pela própria ordem jurídico-positivada.

E, por isso, o solve et repete vem sendo relativizado ao ponto de permitir a insurgência contra a presença de certeza e liquidez de uma CDA. A relativização do princípio do Solve et Repete orientou o julgamento dos precedentes que resultaram no enunciado da Súmula nº 547 do STF:

“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

## V. Considerações finais

Ao longo deste estudo, procurou-se demonstrar que a força dos princípios vem da postura que se toma frente ao tipo de Constituição de determinado ordenamento jurídico, capaz de solver as lides específicas do processo de execução fiscal, atenuando-se os rigores do formalismo processual quando uma leitura que atenda aos

reclamos da nova sociedade desigual e pluralista, use-se como ferramenta o postulado da proporcionalidade na sua feição de proibição de excesso, único parâmetro a permitir igualar-se os desiguais, na medida que se desigualam.

Por isso, não é inconstitucional interpretar-se o devido processo legal com as matizes antes expostas, capazes de permitir ilidir a execução fiscal sem a penhora, em nome justamente da aplicação do princípio de acesso à jurisdição em atenção à especialidade do caso que reclama a releitura dos textos legais atinentes à matéria de forma e modo proporcional, sem excesso para nenhuma das partes envolvidas.

Atribuindo-se o lugar certo dentro de uma doutrina nova, onde as vezes se pensa estar frente a novas posturas ou a postura nenhuma, é tarefa árdua para o estudioso da ciência jurídica, em especial nestes tempos de palavras sem sentido, de posturas inconsistentes, de busca de novos conceitos, novos valores, novas teorias, novas doutrinas para efetivar-se aquilo que o povo organizado em sociedade e por sua vontade soberana por meio de seus representantes erigiu a mais alta posição na cadeia sistêmico-jurídica como cláusula pétrea, núcleo duro, direito fundamental. À vista do exposto, o que se conclui é que a presunção de legalidade de uma CDA, presunção advinda de lei infraconstitucional, por óbvio ilidida por prova contrária contundente, pode à luz de uma interpretação fincada na realidade atual ser nulificada sem a necessária penhora em face do artigo 5, XXXV, da CF, que demonstra a impossibilidade no caso de condicionar-se o acesso ao Judiciário com a prestação da garantia da penhora. Tudo porque a lei no caso estaria excluído da apreciação do Judiciário casos em que em face do valor em relação ao contribuinte pode conduzir à minimização do princípio do livre acesso ao Judiciário, fazendo com que também no Brasil vigore as palavras fortes de Vitório Denti para o sistema italiano, no sentido de que as razões porque o processo é uma forma de alienação, no sentido marxista, estão na estrutura do poder – organização burocrática e formalismo processual. A busca de inclusão dos marginalizados é demonstrada na atualidade pelo instituto da assistência judiciária e pelas ações que tutelam interesses coletivos. Conclui o autor que a assistência judiciária aos pobres pertence ao garantismo do estado liberal, não rompendo com a ordem burguesa, mas, ao contrário, reforçando-a e emprestando-lhe um álibi democrático. Quanto aos interesses coletivos, a tutela é concedida a grupos organizados que pertencem ao sistema de poder e que tais tutelas como participação política são mais um alongamento das bases de consenso do poder que uma inclusão no sistema.

Constatada a essência do princípio do acesso ao Judiciário, bem como da necessidade de ajustar-se a tal comando os textos legais, nada



mais relevante do que, na executoriedade marcante das execuções fiscais, admitir-se, como temperamento à constrição judicial para a defesa, o incidente chamado de exceção ou objeção de pré-executividade.

É que a presença de liquidez e certeza da CDA, por ser relativa e não absoluta, permite, com atenção a uma isonomia sonhada dos contribuintes que são o sustentáculo do Estado, possam aqueles que apresentem uma regularidade de conferir demonstrar a insubsistência do título executivo justamente para excluir-se o excesso que ocorreria com a penhora, muitas vezes de bens necessários à própria sobrevivência do contribuinte e outras vezes sequer disponíveis para tanto. Exemplo da evolução desta executoriedade – diga-se, necessária à cobrança de créditos fiscais – é a legislação que veio proteger o bem de família. Assim, também, do ângulo do processo, a permissão da exceção de pré-executividade vem ao encontro da proteção daqueles não devedores, permitindo que a garantia seja suprimida naqueles casos já mencionados.

Ou seja, o excesso, a inadequação do rito para os embargos, é flagrante quando há erro na digitação, quando a dívida já foi paga, quando o contribuinte tem homônimos, por exemplo.

Por derradeiro, em atenção à doutrina majoritária e decisões de nossos Tribunais, cujos exemplos foram citados, tem-se não só a busca pela efetivação e concretização dos interesses tutelados juridicamente, cabível e necessária a interposição deste incidente de exceção, para que os princípios constitucionais norteadores do devido processo legal, onde a agilização processual é elemento, seja alcançada a composição efetiva das lides. É que repudia ao próprio sistema jurídico positivado toda e qualquer desatenção aos deveres de todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo. (art. 14, CPC)

É na interpretação que busca desvelar o sentido oculto dos termos, tornando-os óbvios e claros, na exatidão do que representam, que se afigura mais coerente o termo exceção, mesmo porque objeção é palavra nova no vocabulário processual e, em que pese a possibilidade de entender-se como *numerus clausus* as exceções do art. 304 do CPC, a natureza jurídica daqueles institutos é, em realidade, espécie dentro do gênero exceção.

Portanto, é na proporcionalidade como postulado para dimensionar e equalizar os princípios constitucionais do livre acesso ao Judiciário com o de necessitar garantir com penhora para discutir execução fiscal no seu aspecto de proibição de excesso, que a exceção de pré-executividade tem sua aplicação para que se objetive o livre acesso ao Judiciário.

Porque o que interessa é a manutenção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, a fim de que não se exclua da apreciação do julgador casos em que, mesmo de ofício, poder-se-ia extinguir o processo de execução fiscal.

Com isto, a ordinariedade da resposta do devedor (via embargo) transmuta-se em provimento satisfativo, nos moldes dos interditos romanos.

-----  
--

### Notas

1. STRECK, Lenio. A hermenêutica e o acontecer (Ereignen) da Constituição: A tarefa de uma nova crítica do Direito. IN: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz & BOLZAN DE MORAIS. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS - Centro de Ciências Jurídicas, 2000. p. 108.
2. GADAMER, Hans-George. Verdade e método; traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.393
3. Idem, ibidem, p. 392.
4. Idem, ibidem, p. 401.
5. Idem, ibidem, p. 445.
- 6 STEIN, Ernildo. Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000 p. 57
7. Idem, ibidem, p. 57.
8. GADAMER, idem, p. 392.
9. HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000. V. 1, p. 33-34.
10. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, setembro de 2003. p. 119-120.

11. Figueira Júnior, José Dias. Acesso à Justiça e Tutelas de Urgência - O pleno Acesso à Ordem Jurídica Justa e a Efetividade do Processo. Jurisprudência Catarinense, nº 73, p.35.
12. PONTES, Helenilson Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000, p. 31 e 33.
13. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p 265.
14. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 35.
15. Apud BONAVIDES, op. cit., p. 221.
16. NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 129.
17. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, op.cit., p. 268-269.
18. DINAMARCO, Cândido. Fundamentos do processo civil moderno. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 380
19. PONTES DE MIRANDA. Dez anos de pareceres (volume 4). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975. p. 125-139.
20. Idem, p. 126.
21. Idem, p. 127-128. Grifos inexistentes no original.
22. Idem, p. 129-130.
23. Idem, p. 130.
24. Idem, p. 131.
25. Idem, p. 132.
26. Idem, p.134.
27. Idem, p. 136.
28. Idem, p. 137 e 138, perguntas 2 e 4.
29. DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo. 2ª ed. rev. atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 385-390.

30. ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil. V.8. Do processo de execução- arts. 566 a 645. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 302 e 404.
31. ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 3ª ed. Rev.atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 426.
32. BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 737.
33. DINAMARCO, Execução ..., op. cit., p. 451.
34. SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista de Estudos Criminais, (12): 88.
35. SARLET, idem, p. 90.
36. Ibidem, p. 109-110.
37. SARLET, op. cit., p. 120.
38. Consultar LASALLE, Ferdinand. A essência da constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
39. Nesse sentido, afirma Aurélio Wander Bastos no prefácio deste livro: "É bem verdade que entre os juristas não há qualquer consenso conceitual sobre a 'lei fundamental', mas o determinismo lassalista chega a reconhecer que, confundindo-se com os fatores reais de poder, ela é uma exigência da necessidade dos próprios fatores de poder, de tal forma que, substantivamente, só pode ser aquilo que realmente é, nunca o que deveria ser". In: A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 4 ed. p. 14.
40. LASALLE, Ferdinand. Op. cit. p. 22.
41. Idem.
42. Idem, p. 24.
43. No dizer de Lasalle, "A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo." E segue o autor: "Sendo a Constituição, a lei fundamental de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas – qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como, já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da

necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são". Op. cit., p. 25. (grifo no original)

44. LASALLE, Ferdinand, Op. cit., p. 26.

45. Sobre a constituição real e a sua relação com a constituição escrita observa Lassalle: "Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (...) Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: 'Esta árvore é uma figueira'. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos." E acrescenta que "igualmente acontece com as constituições", concluindo que "de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder." Op. cit., p. 47 e 51. (grifo no original)

46. Adverte esse mesmo autor: "A vontade do povo, e sobretudo seu grau de acometimento, não é sempre fácil de pulsar, mesmo por aqueles que dele fazem parte. (...) Mas aqui calha a frase de Virgílio: Sie vos non vobis! Tu, povo, fabrica-os e paga-os, mas não para ti! Como os canhões são fabricados sempre para o poder organizado e somente para ele, a nação sabe que essas máquinas de destruição e de morte, testemunhas latentes de todo o seu poder, a metralharão infalivelmente se se revoltar. Estas razões explicam por que uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país". Op. cit. p. 36-37.

47. LASSALLE, Ferdinand. Op. cit., p. 53. (grifo no original).

48. Nas palavras de Hamilton Elliot Akel: "O homem é um ser gregário por natureza. Relaciona-se com outros homens não só porque é dotado de um instinto sociável, mas também porque é dotado de razão e sua inteligência lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. E essa necessidade de se relacionar com outros homens foi-se demonstrando maior na medida em que evoluiu." Afirma o autor: "O homem é 'essencialmente coexistente'. Vive necessariamente em companhia de outros indivíduos. Consciente ou inconscientemente é levado a se agrupar. Devido a essa convivência, 'coexistência social', o homem é levado a interagir. E toda interação produz perturbação, maior ou menor, nos

indivíduos em comunicação recíproca. Essa tendência natural e espontânea do homem parece ser condição fundamental na consideração de toda relação entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. Isso nos leva a questionamentos a respeito da natureza do homem (seria ele, por natureza, bom, social e racional, ou mau, egoísta e destruidor?), da sociedade (realidade racional, fruto da cooperação natural dos homens na busca da realização de fins que satisfazem suas necessidades?) e do Estado (jogo de papéis e funções que se interligam e se complementam na esfera de uma estrutura sistêmica, ou aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças?). In: O poder judicial e a criação da norma individual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12

49. Relativamente a Aristóteles, anota Hamilton Elliot Akel: "Entende-se aqui o empenho de Aristóteles em distinguir a polis da oikia. Nesta havia o governo de um só. Aquela era 'composta de muitos governantes'. Por isso, todo cidadão pertence a duas ordens de existência, pois a polis dá a cada indivíduo, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, sua 'vida política'. Vê-se uma clara distinção entre a esfera pública (polis) e a esfera privada (oikos)." Op. cit., p. 12-13.

50. Assinala Hamilton Elliot Akel que: "Se Hobbes afirmava que somente a autoridade e a razão podem refrear o instinto agressivo, insaciável e egoísta do homem, pelo que imperiosa seria a organização política de uma sociedade em que o Estado, objetivando a segurança e o bem-estar do povo, não encontraria limites a seu poder. Locke sustentava que o estado natural do homem é delimitado pela solidariedade e perfeita igualdade. Nessa visão, o Estado é a instituição incumbida, por expressa vontade dos indivíduos, da manutenção da ordem e do equilíbrio no jogo de interesses e necessidades. Tal concepção do homem livre e racionalmente político possibilita substrato para a ideologia do iluminismo político e do laissez faire econômico." Op. cit., p.13. (grifei)

51. AKEL, Hamilton Elliot. Op. cit., p. 13-14.

52. Idem, p. 14.

53. Comentando o pensamento de Gramsci, afirma Hamilton Elliot Akel que este: "distingue no complexo aparelho das superestruturas dois níveis de relações materiais: o primeiro, designado como 'sociedade civil', envolve o conjunto de organismos internos e privados, abarcando a complexidade das atividades culturais e ideológicas; o segundo, 'sociedade política ou Estado', corresponde à função de hegemonia que o grupo dirigente exerce sobre o conjunto do corpo social e à da dominação direta". Segue o autor: "Este se

expressa por meio do Estado e do 'poder jurídico', abrangendo os órgãos de força e de coerção. Sociedade civil e sociedade política estão em permanente interação, chegando, em determinados momentos, a alcançar identificação peculiar e entrelaçada. Bem por isso, o consenso e a coerção apresentam-se em ambas sob as formas mais variadas. Inexiste o domínio isolado e absoluto do 'consenso' na esfera da hegemonia da sociedade e na órbita de coerção da hegemonia estatal. Apesar de normalmente o consenso ser identificado com a sociedade civil e a coerção com a sociedade política, existe certa ambivalência deles na instância da superestrutura." Op. cit., p. 15. (grifei)

54. Segundo Hamilton Elliot Akel: "A teoria dualista afirma que direito e Estado são duas realidades, e procura fixar as linhas de extensão real de cada uma delas. Considerações de ordem sociopolíticas levam à afirmação de que o fenômeno jurídico preexiste ao estatal, visto que a passagem da 'sociedade natural' para um modelo complexo de 'associação política' materializa-se com a conservação dos direitos naturais e com a autolimitação da ordem coercitiva estatal. A doutrina dualista tradicional, porém, apregoa a prioridade lógica do Estado: este é o criador daquele, que a ele se subordina, de modo tal que, ainda que as normas não sejam estabelecidas pelo Estado, teriam sua sanção a posteriori". Op. cit., p. 16.

55. AKEL, Hamilton Elliot. Op. cit., p. 16 e 17.

56. GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22.

57. Vale transcrever aqui o conceito de bem comum do Papa João XXIII, contido na Encíclica *Mater et Magistra*, adotado por Rodrigo Andreotti Musetti: "O bem comum é o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana." Analisando esta definição de bem comum, observa o mesmo autor que "com o novo conceito do Papa João XXIII, a noção de bem comum foi aperfeiçoada ganhando uma nova dimensão. Além da quantidade, o bem comum deve incorporar a qualidade, pois a simples possibilidade de vida social sem condições que favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana significa um bem parcial e não total, como seria o bem comum. Como exemplo, pode-se observar a degradação do meio ambiente. A questão ambiental, constantemente, apresenta choques de valores constitucionais – de um lado, a questão dos empregos gerados, direta e indiretamente, pela indústria poluidora e, de outro lado, o ambiente a ser protegido da poluição a fim de que seja garantida a saúde física e psíquica dos próprios empregados e de toda a sociedade. Alguns empregos (com relação à sociedade), sejam diretos e/ou indiretos, serão mais importantes para o bem comum que a preservação do

ambiente humano e, portanto, da própria existência humana?! O bem comum não é somente o oferecimento de empregos; é igualmente qualidade de vida integral para os seres humanos.” A hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer e o pensamento de São Tomás de Aquino. In: Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários - n. 1 (1997). Brasília: CJF, 1997. p. 154. (grifei)

58. MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Op. cit., p. 153.

59. Idem, p. 154.

60. Idem. p. 154.

61. Explica o autor: “Esta não é uma norma posta através de um ato jurídico positivo, mas – como o revela uma análise dos nossos juízos jurídicos – uma norma pressuposta, pressuposta sempre que o ato em questão seja entendido como ato constituinte, como ato criador da Constituição, e os atos postos com fundamento nesta Constituição como atos jurídicos. Constatar essa pressuposição é uma função essencial da ciência jurídica. Em tal pressuposição reside o último fundamento de validade da ordem jurídica, fundamento este que, no entanto, pela sua mesma essência, é um fundamento tão-somente condicional e, neste sentido, hipotético”. Op. cit., p. 50. (grifei)

62. Assim, comenta este autor: “(...) a positividade de uma ordem jurídica não assenta sobre a norma fundamental, não é derivada dela. Da norma fundamental somente se deriva a validade objetiva de uma ordem coercitiva positiva, isto é, efetivamente posta e globalmente eficaz. A positividade consiste no efetivo estabelecimento e eficácia das normas.” Op. cit. p. 217. (grifei)

63. Segundo Kelsen: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de acordo com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluído de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o conteúdo de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão. A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, pelo fato de o seu conteúdo ser



considerado como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer positivas.” Op. cit., p. 210-211. (grifei)

64. KELSEN, Hans. Op. cit., p. 205-206. (grifei)

65. Idem, p. 214.

66. Idem, p. 219.

67. De acordo com a concepção deste autor: “a eficácia é estabelecida na norma fundamental como pressuposto de validade”. Idem, p. 223.

68. KELSEN, Hans, Op. cit., p. 226 e 230. (grifei)

69. Idem. Com efeito, insere o autor nota de rodapé contendo as seguintes afirmações de Edwin W. Patterson, na obra *Jurisprudence. Men and ideas of the law*, The Foundation Press, Inc., 1953, p. 262 e segs.: “Mas também sob este aspecto existe analogia com a lógica transcendental de Kant. Assim como os pressupostos lógico-transcendentais de conhecimento da realidade natural não determinam de maneira alguma o conteúdo das leis naturais, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas jurídicas ou das proposições jurídicas que descrevem as normas jurídicas. Assim, como só podemos obter o conteúdo das leis naturais a partir da experiência, assim também só podemos obter o conteúdo das proposições jurídicas a partir do Direito Positivo. A norma fundamental tampouco prescreve ao Direito positivo um determinado conteúdo, tal como os pressupostos lógico-transcendentais da experiência não prescrevem um conteúdo a esta experiência. Aí reside precisamente a diferença entre a lógica transcendental de Kant e a especulação metafísica por ele rejeitada, entre a Teoria Pura do Direito e uma teoria metafísica do Direito do tipo da doutrina do Direito natural.” Idem. p. 218-219.

70. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 1.

71. Idem, p. 214. (grifei)

72. Por isso, conclui Kelsen: “A fundamentação da validade de uma norma positiva (isto é, estabelecida através de um ato de vontade) que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico. Neste silogismo a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma

tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de uma determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir em harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação da validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legitima assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo." Op. cit., p. 215.

73. Kelsen, Hans. Op. cit., p. 237.

74. Consoante Ferraz Júnior: "(...) quando dizemos que o saber jurídico trabalha com normas jurídicas, é preciso reconhecer nelas um fenômeno complexo que a ciência dogmática do direito, num primeiro momento, recorta, reduz e simplifica para poder dominá-las como objeto de conhecimento (dogmática analítica), para depois interpretá-las (dogmática hermenêutica) e aplicá-las (dogmática da decisão)." Op. cit., p. 116.

75. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 40-41.

76. Nas palavras do autor: "Por todos esses motivos, é óbvio que o direito, enquanto objeto de conhecimento, há de ser visto de forma diferente, se o enfoque é dogmático ou zetético. Nos limites desta Introdução, é nossa intenção fixar uma perspectiva, com o intuito pragmático de orientar o estudo. Nossa opção é pelo estudo da visão dogmática (...). (...) o objeto de nossa reflexão será o direito no pensamento dogmático, mas nossa análise, ela própria, não será dogmática, mas zetética. Uma introdução ao estudo do direito é uma análise zetética de como a dogmática jurídica conhece, interpreta e aplica o direito, mostrando-lhe as limitações". Op. cit., p. 51.

77. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 43.

78. Idem, p. 41. (grifo no original)

79. Idem, p. 111.

80. Idem.

81. Idem, p. 115.

82. Ferraz Júnior interliga o conceito de validade com a idéia de valor, tecendo sobre o conceito de validade os seguintes comentários: "O conceito de validade, de uma perspectiva zetética, tem a ver com a noção de valor, cuja origem é econômica, não

filosófica. Na filosofia, ela entra por meio da chamada filosofia dos valores, para a qual estes são entidades (objetos) diferentes dos objetos reais, dos quais se dizem que são (no sentido da forma essencial e existência), ao passo que os valores valem (sua forma essencial não é um ser, mas um dever-ser, e sua existência se expressa por sua validade). O ser é, o valor vale, é sua fórmula consagrada. Por sua origem econômica, valores são, em princípio, relacionais: como o dinheiro para os valores econômicos, também os valores em geral são medidos, submetidos a padrões, valem mais ou menos. Daí, a princípio, sua relatividade (o que trouxe para a filosofia o problema da afirmação de valores absolutos, noção em si contraditória e cuja busca gera a angústia que antes mencionamos ao falar do direito natural ...). De algum modo, porém, desta relatividade segue o caráter relacional da validade: valer é sempre valer-para algo (medidas valem para, padrões valem para, os próprios valores valem para algum outro...). Em consequência, se dizemos de uma norma que ela vale, isto significa que ela existe em relação a. A questão é saber em relação a que.". Op. cit., p. 179-180.

83. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 176. (grifei)

84. Definindo, inicialmente "o direito como um fenômeno decisório, um instrumento de poder e a ciência jurídica como uma tecnologia", Ferraz Júnior afirma que incumbe à dogmática analítica explicar a ciência do Direito sob o ponto de vista da norma e da sua inserção na ordem jurídica, a partir da validade, "identificando o que é Direito face à contínua mudança das normas nos sistemas jurídicos contemporâneos". E conclui: "A dogmática prepara, pois, a decisão, cria para ela condições razoáveis, de tal modo que ela não apareça como um puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis. O jurista, assim, capta o direito num procedimento de incidência, ou seja, na imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas. Entre a norma e a situação conflitiva há, pois, um procedimento. A relação entre a norma e a situação é mediata. Este conjunto – normas, procedimento, situação – compõe o fenômeno da aplicação. Aplica-se o direito, por um procedimento, à realidade social." Por fim, afirma ainda: "A dogmática analítica permite ao jurista compreender a sociedade normativamente, isto é, captá-la como uma ordem". Op. cit., p. 22, 17, 94 e 103. (grifei)

85. Nesse sentido, afirma este autor: "Ora, para fazer frente a essa enorme mobilidade, o pensamento dogmático precisaria de novos conceitos operacionais. Captar o direito como um todo homogêneo, enquanto um conjunto estático, foi uma tarefa possível graças a conceitos (estáticos) como as grandes dicotomias (direitos público e privado, objetivo e subjetivo, positivo e natural. Mas era preciso também outro conceito, que permitisse à ciência jurídica concebê-lo

na sua dinâmica. Este conceito é o de validade.". Op. cit., p. 179. (grifei)

86. Relativamente a este sistema dinâmico, Ferraz Júnior faz as considerações a seguir transcritas: "O sistema de que falamos neste passo tem, ademais, caráter dinâmico. O termo sistema dinâmico provém de Kelsen e, em oposição ao estático (...) capta as normas dentro de um processo de contínua transformação. Normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações nas situações normadas. O sistema é apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social. A dogmática capta o ordenamento, este complexo de elementos normativos e não-normativos e de relações entre eles, de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade de conflitos. É preciso dizer, como vimos, se estamos ou não diante de uma norma jurídica, se a prescrição é válida, mas para isso é preciso integrá-la no conjunto e este conjunto tem de apresentar contornos razoavelmente precisos: a idéia de sistema permite traçar estes contornos, posto que implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora." Op. cit., p. 177. (grifei)

87. Nas palavras do autor: "Ademais, a posição pragmática é de que o sistema do ordenamento, não se reduzindo a uma (única) unidade hierárquica, não tem a estrutura de uma pirâmide, mas uma estrutura circular de competências referidas mutuamente, dotada de coesão. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal recebe do poder constituinte originário sua competência para determinar em última instância o sentido normativo das normas constitucionais. Deste modo, seus acórdãos ou norma cuja validade decorre de uma norma constitucional de competência, configurando uma subordinação do STF ao poder constituinte originário. Mas, como o STF pode determinar o sentido de validade da própria norma que lhe dá competência, de certo modo, a validade da norma constitucional de competência do STF também depende de seus acórdãos (norma), configurando uma subordinação do poder constituinte originário ao STF." Op. cit., p. 188. (grifei)

88. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 185.

89. Idem, p. 186.

90. Idem, p. 188.

91. Salienta este autor que, embora a questão da validade e da imperatividade das normas, assim como a questão da existência de um sistema circular coeso, estejam relacionadas, existem diferenças

práticas entre validade e imperatividade, podendo uma norma ser válida, sem ser imperativa e ser imperativa sem ser válida. In: Introdução ao estudo do direito. Op. cit., p. 187 e ss.

92. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 190. (grifo no original)

93. Idem, p. 190-191. (grifo no original)

94. Idem, p. 98.

95. Idem, p. 99. (grifei)

96. Consoante lição de Eros Grau: "(...) o direito é autopoietico, na medida em que, no interior do litígio, ele não trata de problemas empíricos, de problemas sociais, porém apenas de problemas internos a si próprios, de seus próprios problemas." Op. cit., p. 21 (grifo no original)

97. Acerca das expressões "ordenamento" e "direito", esclarece Bobbio: "Esse contexto de normas costuma ser chamado de 'ordenamento'. E será bom observarmos, desde já, que a palavra 'direito' entre seus vários sentidos, tem também o de 'ordenamento jurídico', por exemplo, nas expressões 'Direito romano', 'Direito canônico', 'Direito italiano' ['Direito brasileiro'], etc." BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 19.

98. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 19.

99. Idem.

100. Idem, p. 20. (grifei)

101. Idem, p. 21.

102. Idem.

103. Idem, p. 22.

104. Quanto às normas hipotéticas, Bobbio esclarece que estas assumem basicamente duas formas: "a) se queres A, deves B, segundo a teoria da norma técnica (Ravá) ou das regras finais (Brunetti); b) se é A, deve ser B, onde, segundo alguns, A é o fato jurídico e B a consequência jurídica (teoria do Direito como valorização ou juízo de qualificação), e segundo outros A é o ilícito e B é a sanção (teoria da norma como juízo hipotético de Kelsen)." Conclui este autor: "Em nenhuma dessas duas formulações a norma

jurídica assume uma forma caracterizante: a primeira formulação é própria de qualquer norma técnica ('se você quer comprar selos, deve ir ao correio'); a segunda formulação é característica de qualquer norma condicionada ('se chove, você deve pegar o guarda-chuva')." In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 23-24.

105. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 24.

106. Idem, p. 24-25.

107. Idem, p. 25.

108. Nas palavras deste autor: "A soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento; caracteriza a norma apenas enquanto ela é considerada como parte do ordenamento". In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 26.

109. No tocante a este tema, explica Bobbio: "O que essa teoria da soberania convida a observar, antes de tudo, é que, definido o Direito através do poder soberano, já se realizou o salto da norma isolada para o ordenamento no seu conjunto. Com a expressão muito genérica 'poder soberano' refere-se àquele conjunto de órgãos através dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado e se faz aplicar. E quais são esses órgãos é o próprio ordenamento que o estabelece. Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido através da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define através do ordenamento jurídico". In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 25. (grifei)

110. Idem, p. 25.

111. Idem.

112. Idem, p. 26.

113. Idem, p. 27

114. Sobre a sanção enquanto nota característica do Direito, Bobbio esclarece que esta se reporta ao ordenamento jurídico em sua totalidade e não a cada norma em separado, fazendo, nessa linha de raciocínio, as seguintes considerações: "quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do Direito nos referimos não às normas em particular, mas ao ordenamento normativo tomado em seu conjunto, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas daquele

sistema sejam sancionadas, mas somente que o são na sua maioria." In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 29.

115. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 27.

116. Idem, p. 27.

117. Idem.

118. Conforme Bobbio: "O mesmo se diga do problema da eficácia. Se considerarmos a eficácia como um caráter da norma jurídica, encontramos-nos, em certo ponto, diante da necessidade de negar o caráter de norma jurídica a normas que pertencem a um sistema normativo dado (enquanto legitimamente produzidas). Elas são válidas, mas não são eficazes, porque jamais foram aplicadas (como é o caso de muitas normas de nossa Constituição). A dificuldade se resolve, ainda nesse caso, deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito, mas só se com a expressão 'Direito' for entendido que estamos nos referindo não à norma em particular, mas ao ordenamento. O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referimos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade." In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 29.

119. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 30.

120. Idem, p. 30.

121. Idem, p. 30-31.

122. Sobre a noção de ordenamento, Bobbio apresenta os comentários que se reproduz: "Uma vez claro que a expressão 'Direito' refere-se a um dado tipo de ordenamento, cabe agora aprofundar o conceito de ordenamento." (...). "(...) o ordenamento jurídico (...) é um conjunto de normas. Essa definição geral de ordenamento pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais normas (pelo menos duas), e que não haja ordenamento composto de uma norma só". In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 31. (grifei)

123. Segundo Bobbio, num ordenamento jurídico, ao lado das normas de conduta, existem as normas de estrutura ou de competência. Ressalta, no entanto, que "o fato de existir uma só norma de estrutura tem por consequência a extrema variabilidade de normas

de conduta no tempo, e não a exclusão de sua pluralidade em determinado tempo." In: Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 34.

124. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Op. cit., p. 32.

125. Idem, p. 33.

126. Sobre a infinitude de normas dos ordenamentos jurídicos, Bobbio faz o seguinte comentário: "Quantas são as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico italiano? [ou brasileiro?] Ninguém sabe. Os juristas queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las par